

Mejores prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: aspectos útiles para Centroamérica

Diego Petrecolla



Unidad de Comercio Internacional
e Industria

México, D. F., febrero de 2007



Este documento fue preparado por Diego Petrecolla, consultor de la Unidad de Comercio Internacional e Industria, en el marco del Proyecto IDRC/CEPAL “Reforzando la competencia en el Istmo Centroamericano: Políticas e instituciones nacionales, coordinación regional y participación en negociaciones internacionales” (CAN/04/001).

Las opiniones expresadas en este documento son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN versión impresa 1680-8800 ISSN versión electrónica 1684-0364

ISBN: 978-92-1-323034-3

LC/L.2677-P

LC/MEX/L.726/Rev.1

N° de venta: S.07.II.G.26

Copyright © Naciones Unidas, febrero de 2007. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, México, D. F.

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Introducción	7
I. Legislación	9
1. Objetivos de la legislación en materia de defensa de la competencia	9
2. Análisis histórico y aplicación de la legislación	11
3. Estructura institucional encargada de la aplicación de políticas de competencia	22
4. Aplicación de las políticas de competencia	26
5. Resumen comparativo entre Argentina y Brasil	32
II. principales casos analizados	37
1. Antecedentes de fusiones	37
2. Antecedentes de conductas	43
3. Abogacía de la competencia y recomendaciones regulatorias	53
III. Relaciones entre organismos reguladores y la Agencia de Defensa de la Competencia	59
1. Relaciones entre la agencia de la competencia y los organismos reguladores	59
2. Disposiciones legales y colaboración entre los países del MERCOSUR. Colaboración entre organismos internacionales: OMC, OCDE, ALCA, ONU y las agencias de defensa de la competencia	64
IV. Conclusiones y recomendaciones para los países del Istmo Centroamericano	69

Bibliografía	77	
Anexo: Una interpretación económica de interés económico general	81	
Serie Estudios y perspectivas: números publicados	85	
Índice de cuadros		
Cuadro 1	Brasil: Evolución y distribución del número de conductas, 2000-2004	26
Cuadro 2	Brasil: Evolución y distribución del número de fusiones, 2000-2004	29
Cuadro 3	Brasil: Notificaciones que no cumplen con los plazos de notificación, 2000-2004	30
Cuadro 4	Argentina: Evolución del número de conductas, 1990-2003	31
Cuadro 5	Argentina: Distribución de conductas, 1990-2001	31
Cuadro 6	Argentina: Distribución de fusiones, 1990-2003	32
Cuadro 7	Cuadro comparativo del <i>enforcement</i> en fusiones entre la CE, Brasil y Argentina, 1990-2005	33
Índice de recuadros		
Recuadro 1	Recuadro comparativo de legislación Argentina-Brasil	34
Recuadro 2	Compromiso de desinversión establecido en el caso Bimbo-Fargo	44

Resumen

Los casos de países en desarrollo que, como Argentina y Brasil han avanzado en la legislación y puesta en práctica de políticas de defensa de la competencia, es relevante para el análisis de los desafíos que enfrentarán los países centroamericanos en esta materia. A partir del estudio de las experiencias de aquellos países, se han formulado una serie de recomendaciones entre las que se destaca la importancia asignada al hecho de que exista un organismo único e independiente encargado de aplicar la ley de defensa de la competencia.

Por otra parte, para el intercambio de información y la definición de objetivos comunes, resulta imprescindible la articulación entre la política de competencia y el sistema judicial, así como acciones coordinadas y complementarias con organismos reguladores. La promoción de una efectiva cultura de la competencia en la comunidad es también una tarea de la agencia de defensa de la competencia. A partir de la experiencia de Argentina y Brasil, y más aún para países de menor tamaño como los centroamericanos, se requiere implementar acuerdos de cooperación tendientes a fomentar la interacción entre las agencias de competencia de cada uno de ellos.

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la legislación en materia de defensa de la competencia, y su aplicación en Argentina y Brasil desde la década de 1980, así como formular, a partir de la evaluación de dichas experiencias, algunas lecciones y recomendaciones a seguir por otros países, en particular los centroamericanos, con el fin de mejorar el marco legal e institucional, y la aplicación de la legislación en materia de competencia.

En este contexto, resulta interesante poner en perspectiva brevemente el marco en el que se desarrollaron las políticas de competencia en Argentina y Brasil. Durante la década de los años ochenta, los gobiernos de estos países implementaron prácticas proteccionistas y control de precios, no compatibles con el libre mercado y la defensa de la competencia. Sin embargo, a principios de la década de 1990 el entorno inflacionario y la inestabilidad macroeconómica presionaron hacia una reforma política y económica, que derivó en una serie de medidas que modificaron el ambiente económico y las reglas de juego en ambos países. Entre otros aspectos, el proceso de reformas incluyó la privatización de empresas públicas y la desregulación de mercados, políticas que resultaron compatibles con la promoción y defensa de la competencia.

De hecho, durante los años noventa se registraron importantes avances en materia de la defensa de la competencia en Argentina y Brasil. No obstante, cabe señalar que algunas de estas medidas han debido adaptarse al contexto político y económico de países en

desarrollo como los estudiados. Es por ello que resulta aleccionador revisar estas experiencias a fin de tomarlas en cuenta e identificar las fortalezas y debilidades de los procesos, como punto de referencia útil para los países centroamericanos.

A continuación se detallan algunos de los objetivos del trabajo:

1) Analizar las características de la legislación en materia de defensa de la competencia en los países estudiados, así como dar cuenta de su evolución histórica; esto llevaría a visualizar el contexto político y económico propicio para aplicar determinadas medidas.

2) Identificar la estructura institucional encargada de la aplicación de políticas de competencia, destacando sus mutuas diferencias.

3) Evaluar la eficacia de los organismos como autoridades de aplicación (*enforcement*) de las políticas de competencia con el objetivo de prevenir o remediar posibles conductas anticompetitivas.

4) Explorar los principales casos analizados por cada una de las agencias, distinguiendo entre casos de conductas, fusiones, jurisprudencia de abogacía de la competencia y recomendaciones regulatorias.

5) Determinar la relación entre la agencia de competencia y los organismos reguladores, en virtud de la importancia que reviste la coordinación de sus políticas.

6) Evaluar el grado de colaboración entre organismos internacionales: Organización Mundial de Comercio (OMC), Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), Naciones Unidas y las agencias de defensa de la competencia de otros países, en particular entre los países del Mercosur.

De esta forma, en el capítulo I se expone la legislación de Argentina y Brasil y la evolución del *enforcement*¹ de la agencias de competencia; en el capítulo II se comentan los principales casos de fusiones y conductas anticompetitivas resueltas por estos países, y en el capítulo III se explican las relaciones entre las agencias de competencia de estos países y los organismos reguladores, así como con los organismos internacionales.

En las conclusiones se presenta un análisis de las fortalezas y debilidades de las leyes de defensa de la competencia y su aplicación en Argentina y Brasil, a fin de que esto contribuya al avance de la legislación y las políticas de defensa de la competencia en los países de Centroamérica. Si bien son economías de menor tamaño, el contexto político, institucional y económico en el que se desarrollan las políticas, en particular las de competencia, comparten rasgos comunes con el contexto de Argentina y Brasil.

¹ Por *enforcement* se entiende, en inglés, la aplicación estricta de la ley. Se utilizarán ambos términos en forma indistinta.

I. Legislación

1. Objetivos de la legislación en materia de defensa de la competencia

Durante los últimos años se ha evidenciado un creciente interés por las políticas para la defensa de la competencia, con mayor hincapié en la relevancia de los mercados como mecanismos eficientes de asignación de recursos. En la legislación sobre defensa de la competencia destaca como principal objetivo el resguardo del “interés económico general”, concepto que se encuentra claramente definido en la teoría económica, pero de difícil aplicación en términos prácticos. Desde el punto de vista económico, con base en la teoría macroeconómica tradicional, este interés se entiende como la maximización de los excedentes del consumidor y del productor mediante mercados que operan en forma perfectamente competitiva.

El excedente del consumidor es la diferencia entre la valoración de los consumidores por un bien y su precio de mercado; puede entenderse como el beneficio que obtiene el consumidor por adquirir ese bien. El excedente del productor representa un concepto semejante, desde el punto de vista de las empresas proveedoras, las cuales comercializan el bien a un valor mayor que su costo marginal y obtienen con ello un beneficio. La consideración conjunta del excedente del consumidor y del productor permite elaborar una primera definición operativa del interés económico general de un mercado. Ésta es justamente la magnitud que se maximiza en un

mercado perfectamente competitivo. El primer teorema fundamental de la economía del bienestar indica que la solución de equilibrio alcanzada por un mecanismo de mercado perfectamente competitivo es eficiente (véase el anexo).

Una posible divergencia entre el concepto de excedente total de los agentes económicos e interés económico general puede presentarse en las ponderaciones relativas. Al medir el excedente total como la suma del excedente del productor y del consumidor, este concepto puede discrepar de la idea del evaluador, que pretende darle mayor peso a determinado grupo de agentes económicos y menor peso a otro. Para solucionar esta divergencia puede utilizarse una función de bienestar. Una de sus definiciones es la de la suma ponderada de los excedentes, donde las ponderaciones representan las “características distributivas” que buscan medir el peso de tales excedentes sobre las preferencias del evaluador, quien en definitiva representa a la sociedad.

La amenaza de conductas lesivas para la competencia, así como la conformación de grupos económicos de significativa magnitud en determinados mercados, determinan la posibilidad de ejercer poder de mercado. El concepto de poder de mercado puede interpretarse como un aumento del precio por parte de alguno de los participantes por medio de restricciones de la oferta. El resultado de esta conducta es la redistribución de beneficios e ineficiencia asignativa. Así, alguno de los participantes del mercado encuentra beneficioso incrementar sus precios, lo que induce a una transferencia de ingresos desde los consumidores a los productores y genera una pérdida neta (pérdida irrecuperable del bienestar) que perjudica a la sociedad en su conjunto.²

La ley argentina de defensa de la competencia (Ley N° 25156), aprobada en 1999, establece en su artículo 1 que: *“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”*.³

Además, los Lineamientos para el Control de Concentraciones Económicas (2001) de Argentina indican que se deberá analizar el impacto de la concentración sobre el interés económico general, las ganancias de eficiencia que surjan de la operación y los beneficios que éstas signifiquen para los consumidores argentinos.

En Argentina se destaca el resguardo del interés económico general, tanto en el análisis de conductas como en operaciones de concentración económica. De la interpretación de los lineamientos se deduce que el organismo encargado de la defensa de la competencia otorga una ponderación al menos equitativa al excedente del productor y del consumidor, ya que atenderá a las ganancias de eficiencia (aumento del excedente del productor) y a los beneficios que éstas generen para los consumidores. Sin embargo, en la resolución práctica de conductas y de concentraciones económicas se ha definido una postura del organismo que favorece a los consumidores. En el apartado de ganancias de eficiencia se explica que se considerarán exclusivamente aquellas que se trasladen efectivamente a los consumidores.

Por su parte, la legislación brasileña establece en la Constitución de 1988, como fundamentos explícitos de la defensa de la política de competencia, que *“la ley debe reprimir el abuso de poder económico que intente dominar el mercado, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios”*. De manera explícita la constitución indica que el *“orden económico”*

² Este concepto es fácilmente visualizable al comparar el equilibrio que la teoría económica describe para un mercado perfectamente competitivo con respecto al equilibrio de un mercado monopolista. El paso del primero al segundo implica una transferencia de los consumidores a los productores en términos de excedentes y una disminución del excedente del consumidor que no se compensa con la ganancia de ninguno de los sectores.

³ Ley 25156/99, Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

de Brasil deberá operarse por medio de ciertos principios como “*libre competencia*”, el “*rol social de la propiedad*”, “*protección del consumidor*” y “*propiedad privada*”. El artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de Brasil (ley N° 8884) de 1994 indica que su objetivo es establecer medidas de defensa de la competencia alineadas con estos principios constitucionales. Las agencias brasileñas encargadas de aplicar la ley han interpretado el principio de “rol social de la propiedad” en el sentido de que los dueños de la propiedad privada no necesariamente retendrán la totalidad de sus beneficios, sino que deberán de alguna forma compartirlos con el resto de la sociedad.

Por otra parte, los Lineamientos de Fusiones Horizontales (2001) de Brasil establecen que una operación de concentración económica será rechazada si, luego de considerar las ganancias de eficiencia que de ella surjan, el excedente económico disminuye. En los casos en que se incremente el excedente económico —ganancias de eficiencia mayores que los efectos negativos sobre la competencia— se aceptará una defensa de la operación justificada en eficiencia, siempre que los beneficios de la operación se distribuyan equitativamente entre las partes y los consumidores.

La legislación de Brasil establece que deberá resguardarse el “orden económico” por medio de la defensa de la competencia y enfatiza el “rol social de la propiedad”. Este último concepto es de amplia interpretación, lo que otorga mayor flexibilidad al organismo *antitrust*. Sin embargo, su interpretación se ha orientado a compartir los beneficios económicos de la actividad empresarial con el resto de la sociedad. Este concepto queda claramente explicitado en los lineamientos, en donde se consideran los beneficios de la operación siempre que se distribuyan equitativamente. Así, en el caso de Brasil, el ponderador de la función de bienestar otorgaría en principio un peso similar al excedente del consumidor y productor.

2. Análisis histórico y aplicación de la legislación

a) Brasil

La intención de desarrollar políticas tendientes a defender los mecanismos de mercado comenzó con la ley N° 4137 de 1962, la cual creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).⁴ El período en que surgió el CADE se caracterizó por políticas proteccionistas por parte del Estado, en contraposición con la defensa del libre mercado. Las empresas más importantes del sector de industria, transporte y financiero se encontraban entonces controladas por el Estado o eran monopolios privados otorgados por éste a través de licitaciones públicas. Asimismo, se advertía una importante intervención del gobierno en los mercados y en el control de precios. En este contexto, el efecto de la creación de esta institución fue marginal, más aún considerando que su autoridad se aplicaba exclusivamente a firmas privadas.

La era moderna de competencia comenzó en 1994 para Brasil, en el marco de un “nuevo orden económico”, con privatizaciones y menores barreras al comercio internacional. Ese año se aprobó la nueva ley de defensa de la competencia (Ley N° 8884), como parte de las reformas que intentaron controlar la inflación y sostener un tipo de cambio real (moneda brasileña) con respecto al dólar elevado. Esta ley introdujo dos cambios importantes en la legislación sobre defensa de la competencia:

⁴ La ley de 1962 se originó en un proyecto presentado por el Ministro Agamemnon Magalhães ante el Congreso Nacional en 1948. Éste se basaba en el artículo 148 de la Constitución promulgada en 1946, que establecía la necesidad de restringir el abuso de poder económico, cuyo fin era dominar mercados, eliminar la competencia y aumentar arbitrariamente los beneficios. La ley de 1962 logró ser aprobada, aunque posteriormente Brasil entró en un período de gobierno militar, que inauguró una política de alto intervencionismo con control de precios y sustitución de importaciones.

i) La configuración del CADE como un organismo independiente, y la delegación de algunas atribuciones para el cumplimiento de la ley a otras dos agencias: la Secretaría de Dirección Económica (SDE) del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE), dependiente del Ministerio de Finanzas.

ii) Control previo de fusiones y adquisiciones

Hacia el año 2000, las privatizaciones en el sector de telecomunicaciones, aviación civil y transporte terrestre por autobuses prácticamente se habían completado, mientras que los sectores de electricidad, petróleo, gas, transporte ferroviario, puertos y bancos se habían privatizado parcialmente. Entre 2000 y 2002 se privatizaron importantes empresas de estos sectores a nivel federal y estatal; fue importante la venta de las acciones de la principal empresa estatal de hidrocarburos, Petrobras. En 2004 existían aún 128 empresas controladas por el gobierno, incluso determinados intereses en Petrobras, participación en empresas de electricidad, terminales aeroportuarias, servicios portuarios, bancos, servicios de salud y aguas. Esto refleja la política del gobierno brasileño de mantener el control de algunos servicios estratégicos para remediar las fallas de mercado.

Desde 1994 se han incorporado dos modificaciones importantes a la legislación sobre defensa de la competencia. En 1999, la ley N° 9781 impuso una tarifa para la notificación de fusiones. En 2000, la ley N° 10149 otorgó a la agencia de competencia nuevos instrumentos de investigación importantes, aumentó la tarifa de notificación y estableció el programa de condonación de multas. A continuación se segmentará el análisis de la legislación en Brasil, en función de las dos tipos de procedimientos estipulados por la ley.

1) Conductas. En el artículo 20 de la ley de defensa de la competencia se explicita que “cualquier acto que intente o posibilite producir los efectos numerados a continuación, aunque tales efectos no se concreten, deben ser clasificados como una violación del orden económico. Tales efectos son los siguientes: a) limitar, restringir o lesionar la libre competencia, b) controlar el mercado relevante de algún producto o servicio, c) incrementar los beneficios sobre una base discrecional, y d) abusar del control del mercado.

El artículo 21 contiene una lista de conductas no excluyentes, que se consideran contrarias a la ley. Entre las conductas horizontales se cuenta la colusión entre competidores, que incluye acuerdos para fijar precios o condiciones de venta, reparto de mercados, acuerdos en licitaciones y la limitación del desarrollo y la investigación. Los acuerdos verticales contemplan fijación de precios de reventa y otras restricciones que afecten las ventas a terceros, como límites de volumen de ventas y margen de beneficios de terceros, discriminación de precios y ventas atadas. Las conductas unilaterales que se enumeran son aquellas relacionadas con la exclusión de nuevos entrantes o competidores existentes, entre ellas la negativa de ventas, limitación al acceso a mercado de insumos o canales de distribución, y otras que impongan condiciones contractuales que restrinjan el uso de los derechos de propiedad o arrojen ventas poco razonables por debajo del costo. Por último, se enumeran conductas unilaterales tendientes a interrumpir determinadas actividades sin justa causa, tales como afectar precios de terceros por imposición de precios ficticios, destrucción de insumos o productos terminados, requerir u otorgar publicidad exclusiva en los medios de prensa, e imponer precios abusivos o incrementos poco razonables de precios de un producto o servicio.

El cumplimiento de los artículos 20 y 21 se reguló en los anexos de la resolución 20 del CADE. En el documento se definen las prácticas restrictivas estándar y se enumeran cuatro categorías de conductas horizontales anticompetitivas:

a) Cárteles que implican acuerdos entre competidores para controlar una parte significativa del mercado (relacionados con precios, productos, cuotas y distribución territorial) con la intención de incrementar precios y beneficios a niveles similares al monopolio.

b) Otros acuerdos horizontales entre competidores temporales, aun cuando intenten capturar parte del mercado con el objetivo de incrementar el nivel de eficiencia.

c) Prácticas ilícitas y asociaciones profesionales que limiten la competencia entre los profesionales y fijen precios.

d) Precios predatorios que establezcan precios por debajo del costo variable con el objetivo de eliminar competidores y lograr una condición de mercado tal que luego les permita incrementar los precios.

Este anexo presenta también seis ejemplos de prácticas verticales que resultan anticompetitivas:

- Mantenimiento de precios de reventa
- Restricciones de clientes y territoriales que se impongan en determinados canales de distribución
- Acuerdos de exclusividad
- Negativa de ventas
- Ventas atadas
- Discriminación de precios

En este anexo se señala que las prácticas verticales pueden tener efectos anticompetitivos, ya sea en el mercado de origen o en el mercado objetivo, siempre que posibiliten la exclusión o faciliten acuerdos en el mercado “aguas arriba” o “aguas abajo”.

Una importante aclaración es que para considerar las restricciones horizontales y verticales ilegales, según el anexo, debe verificarse como condición previa la existencia de poder de mercado en el mercado de origen o determinar que el efecto sobre la cuota de mercado o participación de mercado en el mercado objetivo será significativo. Se enumeran los pasos a seguir para el análisis de conductas, los que comienzan con su identificación, continúan con el establecimiento de posición dominante y, finalmente, miden los efectos económicos.

De esta forma, las conductas establecidas en el mencionado anexo no son anticompetitivas *per se*, sino que el procedimiento para el análisis de los casos sigue la “regla de la razón”, lo que significa el estudio de cada caso en particular, una vez demostrado que existe poder de mercado. A pesar de que no se establece un límite de participación de mercado, en la práctica aquella que se considera un máximo aceptable, a partir del cual puede presentarse poder de mercado, es de aproximadamente 20%.

La ley de defensa de la competencia no establece que las firmas pequeñas deban recibir tratamiento especial. Sin embargo, el artículo 170 de la constitución indica que para mantener el “orden económico” deberían recibir tratamiento especial las empresas pequeñas organizadas bajo la legislación brasileña y que tengan su oficina principal en Brasil. Como se ha mencionado, CADE no aplica el análisis *per se*, por lo que debe considerar este tipo de casos en particular, aunque raramente las pequeñas empresas alcanzan suficiente poder de mercado.

2) Multas. Las conductas anticompetitivas que violan el artículo 20 tendrán una multa mínima de 1% de las ganancias brutas, previo pago de impuestos, contabilizadas en los años anteriores, mientras que la multa máxima es de 30% por el mismo concepto. Los gerentes corporativos responsables de la conducta contraria a la ley de competencia pueden ser multados

entre 10% y 50% sobre la multa impuesta a la firma. Las asociaciones y otras instituciones sin fines de lucro, para las cuales no es relevante la ganancia, pueden ser multadas desde 6.000 a 6 millones de unidades tributarias (2.460 millones de dólares a 2.46 millones de dólares). Las multas por violaciones recurrentes pueden duplicarse.

El no cumplimiento de una orden, medida preventiva o cese de un compromiso con el CADE, pueden resultar en la imposición de una multa diaria de 5.000 a 100.000 unidades tributarias (2.050 millones de dólares a 41.000 millones de dólares), acumulativa por 90 días. Los mismos montos de multas diarias por 90 días podrán establecerse por no proporcionar los documentos requeridos en la investigación (artículo 26). En los anexos aprobados en el año 2000 se establece una multa de entre 500 y 10.700 reales (de 195 dólares a 4.175 dólares), a las personas que no se presentasen a testificar oralmente. Por último, el artículo 35 establece que podrá imponerse una multa de entre 21.200 y 425.700 reales (de 8.270 dólares a 166.000 dólares), por impedir el allanamiento de una empresa en su establecimiento.

iii) Fusiones

La ley N° 8884 (1994) establece, en su artículo 54, condiciones aplicables a fusiones. Este artículo comienza indicando que “cualquier acto que pueda limitar o de alguna forma restringir la libre competencia o que resulte en el control de mercados relevantes de determinados productos o servicios, debe ser sometido a revisión por el CADE”. Esta condición de notificación se refiere a “actos”, por lo que puede aplicarse no sólo a fusiones sino también a acuerdos horizontales (este concepto queda confirmado en los Lineamientos de Fusiones Horizontales). Si bien la mayoría de las operaciones notificadas bajo el artículo 54 son fusiones y adquisiciones, existen también algunas notificaciones de acuerdos de distribución, *franchising*, licencia, *joint ventures* y consorcios.

En el artículo 54 no se establece estándares específicos para analizar los “actos” notificados, aunque se mencionan cuatro condiciones para aprobar las operaciones notificadas:

- Deben intentar incrementar la productividad, mejorar la calidad del producto o servicio, aumentar la eficiencia o generar un desarrollo económico o tecnológico.
- Generar beneficios que se distribuyan equitativamente entre las partes involucradas en la operación y los consumidores.
- No eliminar una parte sustancial del mercado relevante de un producto o servicio.
- En caso de disposiciones contractuales, no ser más restrictivas de lo necesario para obtener los efectos positivos de la operación.

Los Lineamientos de Fusiones Horizontales (2001) establecen explícitamente que la “regla de la razón” es fundamental en el control de fusiones. Además de lo mencionado en el párrafo anterior, podría interpretarse como una exigencia a las empresas involucradas que demuestren los beneficios de la operación para que ésta sea aprobada. En la práctica, el CADE en ningún caso ha impuesto este requisito. Asimismo, el artículo 54 establece que en los casos de operaciones que puedan perjudicar la competencia es posible que las partes presenten una defensa de eficiencia.

Los Lineamientos de Fusiones Horizontales establecen los pasos estándar para analizar operaciones de concentración:

1) Definición de mercado relevante del producto y geográfico. *Test* del monopolista hipotético, donde se deberá determinar el menor tamaño de mercado para el cual un monopolista hipotético puede establecer un reducido incremento en el precio, pero significativo y no transitorio.

2) Participación de mercado de las empresas involucradas. Existen dos contextos en los cuales podría resultar preocupante la fusión: uno de ellos es cuando ésta posibilita un riesgo de aumento unilateral de precios; en este caso el límite preocupante de participación de mercado es de 20%. En cambio, en caso de que la fusión posibilita la acción coordinada de los competidores, el límite es el nivel de concentración de las primeras cuatro firmas (C4), que por lo menos deberá ser de 75%, sumado a un incremento de participación de mercado resultante de la operación, superior a 10%.

3) Posibilidad de ejercicio de poder de mercado luego de la fusión. Esta posibilidad se considerará una vez que se sobrepasen los límites mencionados. El ejercicio de poder de mercado es menos probable cuando existen importaciones significativas para remediarlo, cuando es posible la entrada al mercado sin mayores obstáculos y con suficiente presencia, o cuando el resto de los competidores del mercado cuentan con la capacidad y la motivación para resistir el posible ejercicio de poder de mercado.

4) Ganancias de eficiencia resultantes de la operación.

5) Evaluación del resto de los efectos de la operación. Como se ha mencionado, la operación será rechazada si después de considerar las ganancias de eficiencia el efecto neto es una disminución del excedente económico. Si las ganancias de eficiencia superan a los perjuicios sobre la competencia, los beneficios deberán compartirse con los consumidores, para lograr la aprobación de la operación. Así, deberá preverse una disminución en los precios de los bienes o servicios producidos por las empresas involucradas en la operación, o un incremento en su calidad, de manera que se trasladen las ganancias de eficiencia (menores costos) hacia los consumidores.

Las operaciones de concentración pueden ser aprobadas, condicionadas o rechazadas. Por su parte, los condicionamientos pueden ser estructurales, que implican desinversiones de activos, o auxiliares, que generalmente son compromisos o requerimientos de eliminación de cláusulas no competitivas.

1) Notificación. El artículo 54 establece que la notificación deberá realizarse dentro de los 15 días posteriores a la transacción. Cuando exista atraso en la notificación, este artículo posibilita al CADE el cobro de una multa de 60.000 a 6 millones de unidades tributarias (entre 24.900 dólares y 2,49 millones de dólares). Si bien la notificación debe realizarse obligatoriamente, no se exige notificación con anterioridad a la operación; esto resulta obviamente en un problema para el tratamiento de transacciones anticompetitivas. Los efectos perjudiciales de las operaciones económicas se acumulan desde el momento en que éstas se concretan y, por otra parte, resulta difícil la decisión de “no autorizar” una operación finalizada, ya que esto implicaría deshacer la operación.

2) Procedimiento (artículo 54). Las operaciones son notificadas ante la SDE, que inmediatamente envía copias a la SEAE y al CADE. La SEAE debe enviar a la SDE un reporte técnico de la operación dentro de los 30 días siguientes, y posteriormente la SDE debe realizar una recomendación al CADE dentro de los 30 días siguientes a recibir el informe de la SEAE. En el momento en que el expediente se remite al CADE, este organismo cuenta con 60 días para evaluar la recomendación y tomar la decisión correspondiente. Si el CADE no se pronuncia dentro del período de 60 días, la operación se aprueba tácitamente. A pesar de que el límite máximo para resolver una operación es de 120 días, cada uno de los organismos puede realizar pedidos de información adicional que alargan los plazos descritos. El CADE no se encuentra obligado a seguir las recomendaciones de la SDE ni de la SEAE, pues es un organismo independiente.

A principios de 2002, de manera informal, la SDE y la SEAE desarrollaron un procedimiento acotado por el cual preparan cada una los informes, dentro de los 15 días posteriores a la presentación. En 2003 se formalizó este procedimiento de *fast track*,⁵ aplicable a las siguientes transacciones: a) venta de franquicias por parte de los propios administradores; b) *joint ventures* cooperativo creado para entrar a un nuevo mercado; c) reestructuración corporativa dentro un mismo grupo económico que no implique cambio de control; d) adquisición de una firma brasileña por parte de una firma extranjera sin actividades en el país; e) reemplazo de un agente económico, siempre que la firma no hubiese realizado actividades en el mercado objetivo o en los mercados relacionados verticalmente con anterioridad, y f) adquisición de una firma con participación de mercado insignificante, por lo que la operación no es cuestionable desde el punto de vista de la competencia.

En 2004, la SDE y la SEAE desarrollaron un “Procedimiento conjunto de revisión de fusiones”, lo que aceleró aún más el proceso de análisis, ya que ambas secretarías lo realizan al mismo tiempo y envían una recomendación conjunta al CADE.

3) Límite. El artículo 54 establece un límite especial para la notificación de concentraciones económicas, que son aquellas que resultan en 20% del mercado relevante o en las que cualquiera de los participantes posea una facturación total de 400 millones (156 millones de dólares) en el año previo a la notificación.

4) Multas. En 1999 se estableció una tarifa que deberá abonarse por la notificación de operaciones económicas de 15.000 reales (5.850 dólares). Esta tarifa se incrementó en 2001 a 45.000 reales (17.550 dólares). Por el no cumplimiento de un compromiso de comportamiento con el CADE o la negativa a brindar información o prestar declaración oral, se establecen las mismas multas que las contempladas para conductas.

b) Argentina

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) es el organismo público encargado de aplicar la ley *antitrust*. Su objetivo principal es la investigación de conductas que puedan restringir la competencia en los mercados o resulten en prácticas abusivas por parte de empresas que poseen posición dominante en el mercado.

La ley de defensa de la competencia N° 22622 entró en vigencia en Argentina en 1980. Sin embargo, al igual que en Brasil, comenzó a implementarse de manera significativa recién en los años noventa, en un contexto de reforma del Estado y privatizaciones de empresas públicas.⁶

Entre 1989 y 1991 Argentina experimentó un período hiperinflacionario causado principalmente por las políticas aplicadas durante los años previos. Entre 1945 y fines de la década de 1980 se aplicaron un conjunto de políticas que combinaron proteccionismo industrial, mejora de la distribución de los ingresos por medio de aumentos de salarios y constante intervención del Estado en la economía. El proceso de reforma comenzó en 1989, con la sanción de dos leyes muy importantes, la ley de reforma del Estado y la ley de emergencia económica. Con el objetivo de lograr la estabilización macroeconómica, el gobierno implementó desde 1990 un plan que incluyó: i) apertura al comercio exterior y movimiento de capitales; ii) desregulación de la economía y privatización de empresas públicas; iii) reducción de la burocracia del Estado y reconstrucción del sistema impositivo, y iv) creación de un nuevo régimen monetario- convertibilidad de la moneda

⁵ Ordenanza conjunta de la SDE y la SEAE, febrero de 2003.

⁶ Durante los años ochenta, con Martínez de Hoz como Ministro de Economía de un gobierno militar, se aprobó en Argentina la ley de defensa de la competencia. El contexto en que se aprobó esta ley fue uno de apertura de la economía y desregulación que principalmente perseguía el objetivo de controlar la inflación. Esta ley se aplicó entre 1980 y 1983 para la investigación de conductas anticompetitivas. Luego, con la asunción del gobierno democrático, se modificó el rumbo de la política económica, restándole importancia a la política de defensa de la competencia, la que vuelve a ser relevante recién a mediados de los noventa.

por medio de tipo de cambio fijo, que estableció el valor de un peso argentino en un dólar. Entre los años 2000 y 2003 los sectores de electricidad, gas, transporte, comunicaciones y correo se privatizaron en gran medida. El sector del agua es donde el gobierno aún posee una importante participación, y sólo 30% del negocio pertenece a capitales privados.

Con anterioridad a este proceso de reestructuración de la economía, la falta de intervención de la CNDC puede explicarse por la falta de voluntad política en la defensa de la competencia. Así, durante los años ochenta la CNDC sufrió un déficit importante de materiales y recursos humanos, que obstaculizó su adecuado funcionamiento. Desde 1996, la política de competencia cobró mayor importancia en la agenda del gobierno.

En 1999 la ley N° 22262 fue reemplazada por la ley N° 25156, que básicamente completó y mejoró la ley anterior. Esta nueva ley incorporó reformas fundamentales: i) introdujo la revisión *ex ante* de las fusiones y adquisiciones; ii) otorgó a la autoridad de competencia la jurisdicción completa en la defensa de la competencia para todos los sectores (con anterioridad algunos organismos reguladores tenían injerencia en estos temas a través de sus marcos regulatorios específicos; tal es el caso de la electricidad), y iii) ordenó que se estableciera el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) como un organismo independiente.

Durante el año 2001 se introdujeron algunas innovaciones en la legislación para la defensa de la competencia. La ley fue complementada por el Decreto 89/2001, que define el procedimiento necesario para la constitución del TNDC, regula aspectos relativos a la notificación de fusiones y adquisiciones y permite la intervención del Secretario de Defensa de la Competencia, la Desregulación y el Consumidor (dependiente del Ministerio de Economía) durante todo el proceso de investigación desarrollado por la CNDC. Esto último contradice la intención de autonomía que tenía la creación del TNDC. Esta contradicción lleva a pensar que no se planeaba concretar en el corto o mediano plazo la creación del TNDC, por lo que la Secretaría de Defensa de la Competencia, la Desregulación y el Consumidor amplió su intervención en el proceso, a fin de asegurar su seguimiento y control, dado que es la institución que finalmente toma la decisión sobre prácticas anticompetitivas.

El decreto 396/2001 aprobado durante el mismo período regula los montos correspondientes a las notificaciones de fusiones y adquisiciones. Por su conducto se dejó sin efecto el control de las fusiones que superan los 2.500 millones de pesos de volumen de negocios en el nivel mundial, ya que éste resultaba un límite demasiado alto y debían analizarse una gran cantidad de operaciones de concentración económica. Es por ello que se impusieron nuevos límites más restrictivos para el análisis de operaciones-fusiones. Así, en la Argentina se eximió de notificación a las operaciones cuyo monto y valor de los activos que se absorban, adquieran, transfieran o controlen no supere, respectivamente, los 20 millones de pesos, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieren efectuado operaciones que, en conjunto, rebasaran dicho importe, o el de 60 millones de pesos en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se tratara del mismo mercado.

i) Conductas

Como se ha indicado, el artículo 1 de la ley de N° 25156 explica que quedan prohibidos los actos o conductas cuyo propósito sea restringir la competencia o que constituyan un abuso de posición dominante en perjuicio del interés económico general. En el próximo artículo de la ley se enumeran las conductas, tanto horizontales como verticales, que se consideran restrictivas de la competencia:

1) Abuso de poder de mercado. Establecer unilateralmente precios de venta o compra de productos o servicios.

2) Cárteles. Concertar precios de venta o compra de productos o servicios, posturas en las licitaciones o concursos, coordinar el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a producir o comercializar bienes y servicios.

3) Restricciones de oferta. Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios. Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste. Suspender la provisión de un servicio monopolístico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos.

4) Reparto de mercados. Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento.

5) Ventas atadas. Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro. Subordinar una transacción económica a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos por terceros.

6) Discriminación. Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios, sin razones fundadas.

7) Negativa de ventas. Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes que se encuentren dentro de las condiciones de mercado.

8) Precios predatorios. Venta de bienes a precios menores que el costo, con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o producir daños a la imagen, patrimonio o valor de las marcas de sus proveedores.

El artículo 1 de la ley indica que el criterio aplicable en Argentina para el análisis de conductas es la “regla de la razón”. Las conductas enumeradas no resultan en un perjuicio a la competencia *per se*, sino que se deberá cumplir la condición de que la firma posea posición dominante en el mercado. La CNDC ha debido demostrar la posición dominante de la firma involucrada para luego proseguir con la prueba de la conducta en los diferentes casos resueltos.

Las circunstancias a evaluar para establecer una posición dominante unilateral, en el caso de que se trate de una firma, o posición dominante conjunta (si se trata de más de una firma), se describen en el artículo 5 de la ley. Así, deberá considerar: i) el grado de sustitución del producto, en particular por productos nacionales o extranjeros; ii) las restricciones legales al mercado, y iii) el grado de influencia del presunto responsable en los precios de mercado o la posibilidad de restringir el abastecimiento o demanda, así como el grado de respuesta de sus competidores.

La investigación de una conducta anticompetitiva puede iniciarse de oficio o por denuncia de cualquier persona física o jurídica, pública o privada. El período máximo con el que cuenta la CNDC para la resolución de conductas es de cinco años, pasados los cuales prescriben las infracciones a la ley (artículo 55).

ii) Multas

Los actos o conductas prohibidos por la ley N° 25156 podrán ser sancionados con un multa que va desde 10.000 pesos a 150 millones de pesos (de 3.400 dólares a 51.020.400 dólares), la cual se establecerá considerando, por una parte, la pérdida y el beneficio de las personas afectadas por la actividad prohibida y, por la otra, el valor de los activos de las personas involucradas en la violación a la ley al momento de la conducta. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán.

Si las infracciones son cometidas por una persona de existencia ideal,⁷ la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes u otros representantes legales responsables, aun cuando la ley no especifica el monto a imponer en estos casos. Por otra parte, podrá inhabilitarse a estas personas para ejercer el comercio por un período de uno a 10 años. Por último, se podrá sancionar con multas de hasta 500 pesos diarios (170 dólares) a las personas que obstruyan o dificulten la investigación o no cumplan con los requerimientos de la CNDC.

En cualquier momento del proceso de investigación, la CNDC puede imponer el cumplimiento de condiciones u ordenar el cese de conductas nocivas para la competencia. Asimismo, el presunto responsable puede comprometerse al cese de los hechos investigados (artículos 35 y 36).

En caso de incumplimiento de los compromisos acordados entre las empresas y la CNDC durante el período de la investigación o luego de su resolución, ésta podrá imponer una multa de hasta de un millón de pesos argentinos diarios (340.136 dólares).

iii) Fusiones

El artículo 7 de la ley de defensa de la competencia establece que “se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar en perjuicio para el interés económico general”.

En 2001 la Secretaría de Defensa de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor formalizó los Lineamientos para el control de concentraciones económicas (resolución 164/2001), que funcionan como guía no vinculante para el análisis de fusiones; en éstos se establece que durante la evaluación de la operación de concentración económica deberá determinarse la posibilidad de ejercer poder de mercado de las empresas involucradas. Para ello se debe analizar principalmente la competencia reflejada en precios, y específicamente evaluar si éstos se verán incrementados una vez concretada la operación. Se enumeran dos situaciones hipotéticas: 1) cuando se fortalezca unilateralmente el poder de mercado de las firmas involucradas, y 2) cuando se generen condiciones propicias para la coordinación de las empresas involucradas con los restantes participantes del mercado.

La principal función de los lineamientos es establecer los pasos a seguir en el análisis de fusiones y adquisiciones, los cuales son similares a los establecidos por Brasil, ya que ambos siguen a países desarrollados con mayor historia *antitrust*, como Estados Unidos.

El primer paso es la definición de mercado relevante del producto y geográfico, también basado en el *test* del monopolista hipotético. Luego se determina la participación de mercado de las empresas involucradas y la concentración del mercado. Para ello se deberá identificar a los competidores nacionales, así como a los importadores de los productos involucrados. En Argentina se utiliza el Índice de Herfindahl-Hirschmann (IHH),⁸ en lugar del C4 utilizado por Brasil como medida de concentración.

El siguiente paso es considerar el resto de las condiciones de la operación, entre ellas: 1) las características de los restantes competidores en el mercado relevante y sus posibilidades de contrarrestar el ejercicio de poder de mercado; 2) si la operación elimina un competidor activo y eficiente; 3) la posibilidad de que la operación de concentración posibilite prácticas concertadas; 4) el nivel de utilización de la capacidad instalada, ya que su exceso en manos de los competidores

⁷ Persona ideal o jurídica son las sociedades anónimas, cooperativas u otro tipo de sociedad en contraposición a las personas físicas. Es por ello que en los casos en los que no se puede responsabilizar directamente a una persona física se podrán aplicar multas a los directivos de estas sociedades.

⁸ Este índice se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones en el mercado, y tiene la ventaja de otorgar un mayor peso relativo a las participaciones de las empresas mayores. Los valores del IHH pueden oscilar entre cero (mercado perfectamente competitivo) y 10.000 (mercado monopolístico).

de las firmas fusionadas puede restringir el poder de mercado si resulta una amenaza creíble de respuesta ante aumentos de precios, y en manos de las empresas involucradas en la operación puede funcionar como incentivo a respetar un acuerdo horizontal, porque las consecuencias del eventual castigo serían más gravosas, y 5) el tamaño relativo de las firmas.

En Argentina, luego de realizar estas consideraciones y en los casos en que las concentraciones sean potencialmente perjudiciales, se analizan las barreras a la entrada al mercado relevante. La amenaza del ingreso de nuevos competidores puede representar un freno a la capacidad de incrementar los precios de las empresas existentes, siempre que el ingreso pueda realizarse en forma rápida, probable y significativa. En particular se evalúan tres aspectos: 1) el tiempo requerido para ingresar al mercado; 2) la probabilidad de ingreso al mercado en términos de rentabilidad de la decisión en la situación postoperación, y 3) la importancia relativa del ingreso, en el sentido de que sea suficientemente significativa como para ejercer una influencia sobre los precios del mercado relevante.

Finalmente, se deberá considerar si existen ganancias de eficiencia cuyo impacto sobre los consumidores determine que, a pesar de la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, la concentración no perjudica el interés económico general. Los lineamientos explicitan que las ganancias de eficiencia deberán surgir directamente de la concentración y no ser alcanzadas sin ella. No podrán invocarse como ganancias de eficiencia las disminuciones en los costos que impliquen una transferencia entre dos o más agentes económicos.

La resolución de las operaciones de concentración económica puede clasificarse en la aprobación, condicionamiento y prohibición de ésta.

1) Notificación. La ley de defensa de la competencia (artículo 8) indica que la notificación para el examen de las operaciones de concentración económica deberá realizarse previamente o bien en un plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o canje, o de la adquisición de una participación de control. La ley establece que las operaciones pueden notificarse a la CNDC una vez acordadas entre partes, lo que dificulta la tarea del organismo por las razones citadas con anterioridad, ya que deberán considerarse los efectos anticompetitivos de manera retroactiva, y resulta difícil la prohibición de una operación concluida.

2) Límite. El monto límite de la operación de concentración para su notificación corresponde a un volumen de negocios total de 200 millones de pesos argentinos (68.027.211 dólares). Si las empresas involucradas poseen un volumen menor no deberán notificar la operación. Para determinar el volumen de negocios de la empresa afectada se sumarán los volúmenes de negocios de la empresa en cuestión, así como de las empresas controladas por ella y aquellas que controlan a la empresa en cuestión.

Además, la ley determina que deberá considerarse como límite adicional el monto de la operación. Para la notificación de la operación, su monto debe superar cualquiera de estas tres condiciones: 1) los activos adquiridos, situados en Argentina, deberán superar individualmente los 20 millones de pesos argentinos (6.802.721 dólares); 2) la suma de las operaciones realizadas dentro del año previo a la notificación deberá ser mayor a los 20 millones de pesos argentinos (6.802.721 dólares), siempre que aquéllas se hubiesen realizado en el mismo mercado, o 3) las operaciones realizadas en los últimos tres años deberán sumar en conjunto un monto mayor a 60 millones de pesos argentinos (20.408.163 dólares), cuando se trate del mismo mercado (decreto 396/2001).

3) Procedimiento. (artículo 54) En los casos sometidos a notificación, la CNDC deberá pronunciarse a los 45 días de presentada la solicitud y documentación. Existe la posibilidad de que tales plazos sean interrumpidos ante la necesidad de mayor información de la operación. Luego de ese plazo, la CNDC deberá decidir, con respecto a la operación, entre la opción de subordinar el

acto al cumplimiento de condiciones establecidas por la CNDC o denegarla. Transcurrido este plazo, en el caso en que la CNDC no resuelva, la operación será autorizada tácitamente.

En 2001 se aprobó, mediante la resolución 40/2001, un procedimiento para agilizar el análisis y resolución de operaciones de concentración económica, *fast track*. Las etapas de resolución de las operaciones se establecieron considerando los formularios de información que deben presentar las empresas involucradas. Los formularios que puede solicitar la CNDC durante el procedimiento son el F1, F2 y F3, de manera que se avanza en la solicitud del siguiente de acuerdo con el grado de complejidad de la operación.

La primera etapa del procedimiento comienza con la presentación obligatoria del formulario F1. Dentro de los 15 días posteriores a la notificación, la CNDC deberá resolver si: a) autoriza la operación, o b) requiere la información contenida en el formulario F2, cuando la información del formulario F1 resulta insuficiente para decidir sobre la operación. La segunda etapa consiste en la presentación del formulario F2, en cuyo caso la CNDC deberá resolver dentro de los 35 días posteriores a la notificación de la operación si: a) autoriza la operación; b) prohíbe o condiciona la operación, o c) requiere la presentación del formulario F3. Por último, luego de presentado el formulario F3 y dentro de los 45 días posteriores a la notificación de la operación, la CNDC deberá resolver si autoriza, prohíbe o condiciona la fusión.

De esta forma se establecen tres plazos, según el grado de complejidad de las concentraciones para su resolución: 15, 35 y 45 días posteriores a la notificación. En cualquiera de los casos, la CNDC puede solicitar que se complete la información de los formularios, lo que anula los plazos establecidos, así como tiene la facultad de solicitar excepcionalmente información adicional, con el mismo efecto.

Por último, cuando las partes lo consideren conveniente, podrán optar por iniciar la notificación, presentando conjuntamente los formularios F1 y F2, siempre que la operación evidencie alguna complejidad. Por ejemplo, se prevé que la fusión generará una elevada participación en el mercado relevante.

Además de estos procedimientos para acelerar la resolución de fusiones y adquisiciones, la ley 25156 (artículo 10) establece que se encuentran exentas de notificación obligatoria las siguientes operaciones: a) adquisiciones de empresas de las cuales el comprador ya posea más del 50% de las acciones; b) adquisiciones de bonos, *deventures*, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; c) adquisiciones de una única empresa por parte de una única empresa extranjera que no posea previamente activos o acciones de otras empresas en la Argentina; d) adquisiciones de empresas liquidadas sin actividad el último año, y e) operaciones cuyo monto no supere los límites comentados en el punto anterior. El inciso c) hace referencia a la adquisición de empresas nacionales o extranjeras por parte de una empresa extranjera sin actividad en el territorio nacional ni controlante directa o indirectamente de ninguna empresa relacionada. De esta forma, la operación implicaría simplemente la entrada al mercado relevante de un nuevo competidor y la salida de otro, sin que se modifiquen las participaciones ni la concentración del mercado.

Finalmente, el procedimiento de evaluación de operaciones de concentración económica (artículo 16 de la ley 25156) prevé que, en los casos en que éstas involucren a empresas reguladas por el Estado, la CNDC deberá requerir al organismo regulador un informe con una opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica. Este informe, no vinculante para la CNDC, deberá indicar el impacto sobre la competencia en el mercado respectivo y sobre el cumplimiento del marco regulatorio.

4) Multas. La falta de notificación de las operaciones previstas por la ley podrá ser sancionada con una multa de hasta un millón de pesos argentinos diarios (340.136 dólares), contados a partir del vencimiento de la obligación de notificar.

3. Estructura institucional encargada de la aplicación de políticas de competencia

a) Brasil

Como se ha mencionado, en el contexto de las reformas económicas iniciadas en 1994, la nueva ley de competencia (ley N° 8884) introdujo el control previo de fusiones y adquisiciones y realizó importantes cambios institucionales. De este modo, el CADE fue creado como una agencia independiente, aunque ciertas atribuciones en materia de competencia fueron delegadas a otras dos agencias de Estado: la Secretaría de Ley Económica, dependiente del Ministerio de Justicia (SDE), y la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE). En conjunto, estas tres agencias conforman lo que se ha dado en llamar el Sistema Brasileño de Política Económica (BCPS). En el marco del proceso de privatizaciones llevado a cabo en Brasil en los años subsiguientes, se crearon agencias regulatorias independientes en sectores como telecomunicaciones, petróleo y gas natural, y electricidad, entre otras.

A continuación se analizará en forma más pormenorizada cada una de las anteriores agencias que conforman el BCPS.

i) CADE

La ley 8884 creó el CADE como una agencia federal independiente, bajo la órbita del Ministerio de Justicia, del cual depende económicamente. Su función dentro del marco de aplicación de la ley de competencia consiste en ser autoridad de aplicación de la ley y disponer los mecanismos y medidas correctivas en los mercados afectados, así como definir las multas correspondientes. La comisión está compuesta por un presidente y seis comisionados, los cuales duran en sus funciones dos años y son designados por el Presidente de la Nación, de acuerdo con la Cámara de Senadores.

Entre los requisitos que los miembros de la comisión deben cumplir se encuentran:

- 1) Ser mayores de 30 años, con reconocida trayectoria en materia legal o económica.
- 2) Deben desempeñarse en sus cargos de manera exclusiva, con excepción de actividades académicas, pero sin participar en actividades políticas.

Pueden ser reelegidos por un término más y removidos de sus cargos en caso de haber cometido ofensas criminales y/u otro tipo de malversación definido por la ley. En la actualidad, tres miembros (incluido el presidente) son economistas, mientras que los restantes tres son abogados.

El mecanismo de selección de los miembros del CADE ha sido criticado por expertos en la materia debido a que los miembros son elegidos políticamente y, por ende, sin un criterio objetivo basado en la idoneidad.

Asimismo, la ley establece el nombramiento de dos oficiales independientes que participen en las actividades del CADE: el defensor general y un representante del procurador general. El primero es elegido en forma conjunta por el Ministro de Justicia y el Presidente, previo acuerdo del Senado. Se encuentra sujeto a los mismos deberes y obligaciones que los miembros de la comisión. Entre sus funciones se destacan: proveer asistencia legal al CADE, emitir opinión en temas y casos pendientes de resolución por el CADE, defender a la agencia en juicios y participar en la efectiva ejecución de las decisiones de ésta, entre otras.

En cuanto al representante del Procurador General Federal, cabe señalar que la definición de sus responsabilidades y obligaciones resulta un tanto ambigua. En principio, dicho representante debe velar por la defensa de los intereses de la sociedad en el orden económico, con lo cual una situación probable en la que podría ejercer sus atribuciones son aquellas situaciones en las que el procurador concluye que a su juicio el CADE ha efectuado una resolución inapropiada, en cuyo caso deberá presentarse a la Corte. Además, el CADE está facultado para solicitar a dicho procurador actuar como autoridad de aplicación judicial de las decisiones del CADE.

Por último, hay que señalar que, según el artículo 50, las decisiones del CADE no están sujetas a ninguna revisión por parte del poder ejecutivo, ya que de hecho se le considera la única instancia administrativa, de forma que sus resoluciones sólo pueden ser apeladas ante los tribunales de justicia.

ii) SDE

De acuerdo con la ley 8884, las responsabilidades de la SDE incluyen las funciones de investigación y algunas otras vinculadas con la aplicación de la ley de competencia. Esta institución está encabezada por un Secretario designado por el Ministro de Justicia y está compuesta por dos departamentos: 1) Departamento de Protección y Defensa Económica, con responsabilidades en materia de la ley de competencia, y 2) Departamento de Protección y Defensa del Consumidor.

Cada uno de los departamentos cuenta con un director designado por el secretario. Si bien la SDE no fue creada como una unidad independiente, sus decisiones no pueden ser apeladas por ninguna otra instancia, y tradicionalmente el Ministerio de Justicia no ha interferido en sus actividades.

iii) SEAE

Esta institución, dirigida por un secretario designado por el ministro de finanzas, tiene tres responsabilidades básicas:

- 1) Desempeñar funciones de investigación y consulta en materia de aplicación de la ley de competencia.
- 2) Analizar desde el punto de vista económico las políticas y programas regulatorios.
- 3) Monitorear las condiciones de los mercados en Brasil.

De acuerdo con la ley 8884, la SDE debe informar a la SEAE el inicio de un procedimiento administrativo en una conducta, y la SEAE puede emitir opinión en la materia. En el caso de las operaciones de concentración, la SEAE está obligada a proporcionar un informe sobre todas las transacciones notificadas.

Las reformas a la ley introducidas en el año 2000 otorgan a la SEAE las mismas facultades investigativas de la SDE, pero sin autoridad para la aplicación de la ley de competencia.

b) Argentina

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) es el organismo de Estado encargado de aplicar la ley de competencia de 1999 (N° 25156). Debe, por tanto, investigar e identificar prácticas que constituyan posibles restricciones a la libre competencia en los mercados, así como prácticas abusivas por parte de empresas con poder de mercado.

La CNDC está conformada por un presidente y cuatro vocales, asesorados por un economista en jefe y un abogado en jefe, así como por un equipo de aproximadamente 30 a 40 profesionales (economistas y abogados).

Si bien Argentina contaba con una ley de competencia desde 1980, no fue sino hasta la década de 1990 que la política de competencia fue efectivamente implementada. De hecho, la ausencia de un papel activo por parte de la CNDC en el orden económico previo a la convertibilidad, se explica por la falta de voluntad política para hacer cumplir la ley de competencia en forma efectiva. Como resultado de ello, durante la década de los años ochenta, la CNDC sufrió la carencia de recursos tanto materiales como humanos para poder desempeñar adecuadamente sus funciones.

Sin embargo, a partir de 1996, la CNDC fue incrementando su importancia. La mejor prueba de la intensificación de sus actividades la constituye la evolución del número de casos o conductas investigados. En efecto, esta evolución revela la creciente importancia y el impacto que los cambios estructurales tuvieron en la política de competencia. De este modo, entre 1981 y 1983, la CNDC resolvió en promedio 10,3 casos por año; esta tasa se redujo a 7,3 durante el período 1984-1989, y a 3,8 durante 1990-1995. No obstante, entre 1996 y 1997 el promedio se incrementó notoriamente, hasta alcanzar una tasa de 16 casos por año.

Como se ha mencionado, con la promulgación de la Ley 25156 se introdujo una serie de mejoras a la normativa vigente hasta ese momento, entre las que se destacaron: el control previo de fusiones y adquisiciones y la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia (TNDC), con plena jurisdicción sobre todos los temas en materia de competencia y en todos los sectores de la economía. De este modo, el TNDC se creó como un órgano independiente encargado de aplicar la ley. El objetivo de la modificación del marco legal de competencia era justamente incrementar los poderes de la agencia para aplicar la ley e introducir el control previo como mecanismo para luchar de modo preventivo contra las conductas anticompetitivas.

En particular, cabe destacar las siguientes modificaciones a la ley:

i) Sobre la independencia de la agencia de defensa de la competencia

1) Crear el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, que tendría por sí mismo la facultad de imponer sanciones, apelables en la justicia. Conforme a la ley 22262, las decisiones de la CNDC tenían carácter de recomendación a un Secretario de Estado, encargado de emitir la resolución. El objetivo de establecer el TNDC era favorecer la mayor autonomía e independencia; de este modo, el espíritu de la ley era escindir dos áreas de acción. Por una parte, la resolución de casos particulares sometidos a la decisión del Tribunal, y por la otra, el dictado y la ejecución de las políticas de gobierno tendientes a promover el desarrollo de mercados competitivos.

2) Integrar el mencionado tribunal con miembros con “suficientes antecedentes”, “idoneidad para ejercer el cargo” y “dedicación exclusiva”,⁹ todos ellos designados por concurso público de antecedentes y con estabilidad en sus cargos (seis años). En contraposición, los miembros de la CNDC son nombrados por el ministro de economía.

ii) Sobre las fusiones

A diferencia de Brasil, se estableció la notificación obligatoria previa de las operaciones que superen ciertos parámetros. El tribunal puede oponerse o condicionar esas operaciones cuando estime que sus costos exceden los beneficios sociales. Con el fin de reunir la información necesaria, el tribunal puede ordenar:

- 1) Allanamiento y secuestro, con orden judicial, en general.
- 2) Allanamiento y secuestro, sin orden judicial, en lugares públicos.

⁹ En palabras del Artículo 18 de la Ley N° 25156.

- 3) Recurrencia al auxilio de la fuerza pública.
- 4) Nombramiento de delegados instructores.

iii) Sobre la interacción entre defensa de la competencia y regulación

Derogar toda atribución de competencia relacionada con la ley N° 22262, otorgada a otros organismos o entes estatales.

iv) Otras disposiciones

1) Incorporar explícitamente las facultades para expedirse, con carácter no vinculante acerca de normas o reglamentaciones públicas que afecten la competencia, y para emitir recomendaciones generales o sectoriales sobre modalidades de competencia en los mercados, lo que equivale a crear el papel de “abogado de la competencia”.

2) Ampliar las posibilidades sancionatorias en lo que respecta tanto al monto de las multas, como a la imposición de condiciones que apunten a restablecer la competencia.

3) Aumentar la transparencia del proceso, al incorporar la mecánica de audiencias públicas.

Asimismo, entre las principales facultades atribuidas a la autoridad de competencia, cabe destacar:

- 1) Facultades investigativas
 - a) Estudio de los mercados.
 - b) Requerimiento informativo a organismos públicos de todos los niveles de gobierno.
 - c) Citación a los presuntos responsables, testigos, denunciantes, peritos y otros.
 - d) Pericias documentales y control sobre *stocks* y bienes en general.
 - e) Celebración de audiencias con presencia de los actores de cada caso.
 - f) Medidas cautelares.
 - g) Emitir orden de cese.
 - h) Solicitar el embargo de bienes a la justicia.
 - i) Impedir la salida del país a personas físicas.
- 2) Facultades generales

Pese a que en sus disposiciones transitorias (artículo 60) la ley N° 25156 estableció que el poder ejecutivo tenía 120 días para reglamentarla y llamar a concurso para nombrar a los miembros del tribunal, esto se hizo un año y medio más tarde, mediante el decreto N° 89 del 25 de enero de 2001. Éste incorpora, en su artículo 20, la figura de un nuevo actor como autoridad de aplicación de la ley, la Secretaría de Defensa de la Competencia y el Consumidor (SDCyC), que había sido creada por el decreto N° 20 de 1991.

Esta reglamentación revela una exagerada injerencia de la SDCyC en el funcionamiento del TNDC y en sus decisiones (artículos 26, 29, 31, 36 y 53). En particular, faculta al Secretario de

Defensa de la Competencia y el Consumidor¹⁰ a intervenir casi en todas las instancias de la investigación de algún caso o del análisis de fusiones, lo que contradice el principio de independencia de la agencia buscado por los legisladores. Este decreto establece un plazo para llamar a concurso para la formación del tribunal, que nunca fue cumplido. Esto agrava el problema de la falta de independencia del tribunal.

Por lo tanto, la CNDC continúa hoy siendo el órgano encargado de aplicar la ley, y reporta a la Secretaría de Coordinación Técnica, dependiente del Ministerio de Economía.

4. Aplicación de las políticas de competencia

Complementario al estudio de la legislación, resulta importante analizar y presentar algunos indicadores que reflejen la efectividad en la aplicación de la Ley de Competencia y su evolución en el tiempo. De este modo, en este apartado se presentarán indicadores del desempeño de la labor de las autoridades de competencia en relación con el tiempo y número de conductas y fusiones resueltos. Sin perjuicio de lo anterior, también se comentarán algunos aspectos importantes para análisis de cada una de las agencias, como autoridades de aplicación del marco legal de competencia, así como de su eficacia para el cumplimiento de dicho objetivo.

a) Brasil

i) Conductas

La política de competencia en Brasil se basa en la “regla de la razón”, ya que no existen prácticas consideradas anticompetitivas *per se*. Para ser considerada práctica anticompetitiva, es necesario verificar la existencia de poder de mercado.

Una de las alternativas para analizar la aplicación de la ley (*enforcement*) la constituye la evolución del número de casos tratados y el carácter de las decisiones adoptadas por el CADE, teniendo presente la distinción entre acuerdos de tipo horizontal y abuso de poder dominante.

Cuadro 1
BRASIL: EVOLUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL NÚMERO DE CONDUCTAS, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Casos analizados	39	34	34	23	42
Acuerdos horizontales	2	16	11	9	16
Desestimadas	26	18	22	13	24
<i>Ab Pos Domin</i>	11	0	1	1	2

Fuente: Elaboración propia con base en OECD (2005).

Si bien hasta el momento el CADE ha analizado y resuelto un número reducido de casos que pueden ser tipificados como cártel, cabe señalar que en los últimos tiempos las tres agencias se han concentrado en incrementar sus esfuerzos para mejorar la eficacia.

¹⁰ La Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor fue convertida, durante el último gobierno, en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, y las facultades de aplicación de la ley de Defensa de la Competencia quedaron a cargo de la Secretaría de Coordinación Técnica. La Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor dependía del Ministerio de Economía, así como la Secretaría de Coordinación Técnica depende en la actualidad del mismo organismo, por lo que se presentó sólo un cambio de estructura interna, sin modificar la estructura de poder.

ii) Fusiones y adquisiciones

Las provisiones de la ley 8884 en materia de control previo se encuentran contenidas en el artículo 54.

En este sentido, la ley establece que las notificaciones de las operaciones de concentración deben ser realizadas en un plazo no superior a 15 días después de que la operación se haya realizado. Del mismo modo, el marco normativo otorga al CADE facultades para imponer multas, en caso de que las empresas no cumplan con este requisito en términos de plazos. Dichas multas pueden variar entre 60,000 y 6 millones de unidades tributarias (lo cual equivale a 24.900 dólares y 2,49 millones de dólares, respectivamente). En la práctica, según el artículo 54, la mayoría de las penalidades por incumplimiento de la notificación se refieren a operaciones que incluyen alguna cláusula de ajuste estructural entre las partes. Cabe señalar que en la práctica el CADE no ha impuesto multas por el solo incumplimiento de los plazos de notificación.

Si bien el CADE no lo ha hecho explícito ni ha adoptado formalmente los lineamientos de las operaciones de concentración, de hecho los considera como una guía no obligatoria para realizar el análisis de las operaciones. En este sentido, en numerosas oportunidades sus provisiones, con algunas excepciones, son discutidas y mencionadas en las decisiones adoptadas.

Una peculiaridad de dichos lineamientos es que en lo que se refiere a la medición del poder de mercado de las empresas que pretenden fusionarse no se considera el índice de concentración Herfindahl Hirschman (IHH), sino el índice de concentración C4. En cambio, en los lineamientos contenidos en la resolución 20, elaborados por el CADE dos años antes para el análisis de conductas potencialmente anticompetitivas (según artículo 20 y 21 de la ley), se mencionan ambos índices de concentración, lo cual en principio resulta inconsistente.

Al respecto, la agencia ha manifestado que el criterio IHH será utilizado para el análisis de concentraciones cada vez que sea posible. Sin embargo, debido a las particularidades y el tamaño de los mercados brasileños, se ha puesto de manifiesto que pueden ocurrir casos en los que la aplicación de este criterio no sea adecuado, y por ende éste deberá adaptarse a las particularidades del mercado brasileño. Ello explicaría por qué el IHH puede no ser adecuado para medir los efectos de una operación sobre la competencia, y tendrá que ser sustituido por el índice C4.

Puede ocurrir que los umbrales de concentración usualmente considerados como elevados en la jurisprudencia de países como Estados Unidos no resulten adecuados en el caso de Brasil debido al tamaño de sus mercados.

Los mercados de productos y servicios en América Latina son más pequeños, e implican negocios de menor desarrollo y menor monto de facturación. Al margen de la población de estos países (demanda potencial), los productores enfrentan menores demandas, principalmente a causa de los bajos niveles de ingreso y consumo. Esto se traduce en mayores participaciones de mercado de las empresas, ya que necesitan cierta escala para asegurarse rentabilidad suficiente y mayor concentración. No obstante, el análisis deberá realizarse considerando las características específicas de cada mercado de productos y servicios.

Una pregunta que surge de lo anterior es si esta flexibilidad de la norma, con respecto al criterio de cuantificación de los efectos sobre la competencia, le resta previsibilidad y por ende efectividad a la autoridad de competencia en sus funciones y atribuciones.

Las operaciones de concentración notificadas al CADE pueden ser resueltas de tres formas: autorizada sin condicionamientos, condicionada o rechazada. Si una operación resulta rechazada, el artículo 54 otorga al CADE facultades para emprender todas las acciones que considere necesarias para eliminar el daño a la competencia y el orden económico que tal operación hubiera generado hasta ese momento, incluida la obligación de disolución, venta de activos y/o cese (parcial o total) de actividades.

Los condicionamientos en términos generales pueden clasificarse en estructurales y de comportamiento. Los primeros son aquellos que se aplican en los casos en que la agencia de competencia ordena la desinversión de determinados activos de las empresas involucradas, con el objetivo de que disminuya su participación o se verifique la entrada de una nueva empresa. Los condicionamientos de comportamiento pueden estar relacionados con la eliminación o reducción temporal de una cláusula de no competencia o con órdenes de comportamiento para las empresas involucradas. Estas últimas pueden ordenar el libre acceso a la red de distribución de las empresas involucradas, a fin de asegurar condiciones favorables a una nueva entrante, no discriminar a determinados grupo de demandantes, entre otras. Estas imposiciones de comportamiento facilitan la denuncia de conductas anticompetitivas, en caso de que se presenten luego de la operación de concentración económica. Se verá que este tipo de condicionamientos se ha aplicado en varios casos de fusiones, tanto en Brasil como en Argentina.

En Brasil dichos condicionamientos pueden ser clasificados en función del tipo de cláusula contractual impuesta. En este sentido, se distinguen:

1) Aquellos condicionamientos que implican un acto único, como la obligación de desinvertir o la eliminación de alguna cláusula de no competencia que se considera estaría afectando el orden económico (artículo 54).

2) Aquellos condicionamientos que requieren un procedimiento continuo y prolongado, aunque en forma limitada, como la obligación temporal de que la empresa compradora provea de una licencia o continúe empleando a los trabajadores por un determinado lapso (artículo 58). Este último artículo otorga facultades al CADE para requerir a una o más de las partes la restricción en alguna medida, de su operación en el mercado y/u obligación de desempeño.

Al respecto, en los últimos cinco años, el CADE ha revisado 2.802 operaciones de concentración según el artículo 54, y ha rechazado, totalmente sólo tres operaciones y aprobado con condicionamientos 88 más, siete de las cuales han incluido obligaciones de desempeño.

Para los fines del análisis, resulta útil distinguir las operaciones condicionadas en función del impacto sobre la disponibilidad de los activos por parte de las empresas involucradas en cada una de ellas. Así, es posible clasificarlas según condicionamientos estructurales (definidos como condiciones que implican desinversión) y auxiliares (otro tipo de condicionamiento). Esta última tipología incluye exigencias de modificación de prácticas comerciales, modificación y/o eliminación de cláusulas de no competencia en los contratos de fusiones, y otras.

A continuación, en el cuadro 2 se muestra la evolución anual del número de fusiones consideradas, distinguiendo por tipo de resolución adoptada por el CADE.

Si bien el CADE ha impuesto condicionamientos en aproximadamente 3,4% del total de operaciones analizadas durante el período de referencia, las obligaciones de tipo estructural referidas a la disposición y utilización de activos ocurrieron sólo en cuatro casos. La baja tasa de condicionamientos sobre el total de notificaciones se registró también durante 1998 y 1999. De la comparación con las tasas alcanzadas por agencias de competencia pertenecientes a otros países, el número resulta similar al obtenido por el CADE.

Como se ha mencionado, en Brasil deberán notificarse aquellas fusiones que resulten en una participación de mercado superior al 20%, o donde las ventas totales de las empresas involucradas excedan los 400 millones de reales (156 millones de dólares). El límite de 400 millones de reales se ha establecido a nivel mundial, por lo que podría resultar demasiado laxo en el sentido de que se analizan demasiadas operaciones de grandes empresas que no perjudican la competencia. Algunos analistas en materia de competencia manifiestan que las estadísticas anteriores del CADE constituyen una evidencia en contra del argumento de que el umbral de notificación de operaciones en Brasil es demasiado laxo, ya que el número de condicionamientos impuestos por el CADE

debería ser menor en este caso. Sin embargo, una posible respuesta a este argumento es que, en la práctica, los condicionamientos impuestos de tipo estructural son sustancialmente inferiores a 3%. Para calcular esta tasa, computan únicamente las siete operaciones previamente mencionadas, las cuales arrojan como tasa de intervención del CADE una significativamente inferior a 0,26% (esto es, siete operaciones, consistentes en tres negativas y cuatro condicionamientos estructurales, sobre un total de 2.672 operaciones).

Cuadro 2
BRASIL: EVOLUCIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL NÚMERO
DE FUSIONES, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Total de fusiones	507	571	485	491	618
Autorizadas	490	559	474	484	574
Rechazadas	1	0	0	0	2
Condicionadas	15	12	11	7	43
Cond. estructurales	1	0	0	1	2
Cond. auxiliares	14	12	11	6	41

Fuente: Elaboración propia con base en OECD, 2005.

Con base en las recomendaciones propuestas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año 2000, relativas a la adecuación del límite a nivel mundial, así como los criterios para la notificación de las operaciones de concentración, en enero de 2005 el CADE introdujo un cambio en este sentido. En la operación entre ADC Telecomunicaciones Inc. y Krone Internacional Holding Inc., se interpretó que los ingresos anuales de las empresas participantes se medirían en relación con el mercado nacional. De los casos que se presentaron posteriormente, de una muestra de 161 operaciones, aproximadamente 68 (42%) no alcanzaron el límite de la participación de mercado ni del total de ventas en el ámbito nacional.

Un aspecto importante del proceso de notificación de operaciones en Brasil (ya mencionado previamente) se refiere a que la notificación, si bien es obligatoria, no requiere ser realizada previo a que la operación se consuma. Ello representa de hecho una seria deficiencia del sistema. En la resolución 15 elaborada por el CADE, la cual constituye la norma que implementó el control previo en el año 1998, se especificaba el *trigger date*, que daba inicio a los 15 días de plazo. De acuerdo con esta resolución, el plazo se iniciaba cuando: i) las partes firmaban el primer documento obligatorio, y/o ii) cuando realmente ocurría una modificación en las relaciones de competencia entre las partes, o al menos una de ellas, y un tercer agente.

Como se observa, la norma es bastante imprecisa en este sentido. Al mismo tiempo, el hecho de que las partes tengan libertad para notificar la operación al CADE antes o después de haber consumado la operación, constituye un claro error y, de hecho, pone al CADE en la dificultad de tener que analizar los efectos en materia de competencia de operaciones ya cerradas. Al respecto, se suman dos problemas adicionales, referidos a los efectos sobre el o los mercados, en caso de que la operación se considere perjudicial para la competencia. En segundo lugar, es evidente que desde el punto de vista del CADE resulta aún todavía más difícil deshacer los efectos de una operación ya consumada.

A pesar de estos problemas, el CADE ha podido fortalecer su papel. Esta agencia ha hecho notables esfuerzos para que las empresas notifiquen las operaciones lo antes posible, lo cual ha redundado en una caída sistemática del número de casos que no cumplen con los plazos de notificación según el artículo 54, tal como se expone en el cuadro 3.

Cuadro 3
BRASIL: NOTIFICACIONES QUE NO CUMPLEN CON LOS PLAZOS DE NOTIFICACIÓN, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Operaciones revisadas	523	584	518	526	651
Incumplimiento de plazos (N°)	107	57	39	16	18
Total revisado (%)	20,5	10,9	7,5	3,1	3,4

Fuente: Elaboración propia con base en OECD, 2005.

Al mismo tiempo, las dificultades para cancelar operaciones ya consumadas han llevado a que el CADE utilice otros medios para prevenir la completa integración económica de las empresas, previo a que la operación sea autorizada, en caso de existir presunción de daño. Bajo la aplicación de los principios del código civil, el artículo 83 de la ley 8884 contempla la aplicación del código procesal civil, lo que le permite al CADE emitir medidas de carácter temporal mediante las cuales puede suspender la implementación de la operación con fines preventivos hasta que la autoridad en materia de competencia decida sobre el caso. Se pueden citar como ejemplo dos casos (AmBerv y WorldCom/Sprint), en los que el CADE ha intervenido, ordenando medidas preventivas durante las investigaciones de las operaciones. En estos casos, el CADE ordenó, amparándose en el código procesal civil, que se cerraran algunas unidades de producción; prohibió el intercambio de información comercial sensible para el negocio, y requirió que se llevaran en cuentas separadas las participaciones de las empresas.

Finalmente, con el objetivo de explicitar los criterios de la llamada “orden precautoria”, el CADE elaboró, en agosto de 2002, la resolución 28, que define el procedimiento por el cual, en caso de que lo considere pertinente, emitirá con un aviso de cinco días la suspensión del desarrollo de la operación, y permite a las partes que presenten argumentos contrarios a los del CADE, que éste deberá evaluar antes de tomar la decisión. Estas órdenes precautorias están sujetas a apelación ante la justicia. Existe un mecanismo adicional, el Acuerdo para Preservar la Reversibilidad de la Operación (APRO), que permite un acuerdo voluntario entre las partes para suspender transitoriamente la puesta en práctica de la operación. Durante el período 2002-2004, el CADE emitió una orden precautoria y el APRO nueve.

b) Argentina

Una vez considerados los principales aspectos de la política de competencia en Argentina, se examinarán algunas de sus principales debilidades.

Si bien la reforma a la ley de competencia tenía como objetivo incrementar los poderes y facultades de la agencia para su aplicación, la evidencia considerada permite afirmar que hasta el momento muchos de estos objetivos no han sido cubiertos satisfactoriamente.

En primer lugar, a mediados de 2006 el TNDC aún no se había establecido y la CNDC continuaba siendo la autoridad encargada de su aplicación. Asimismo, la estructura de facultades y funciones de la CNDC adolece de una serie de deficiencias que deben ser remediadas en el corto plazo, a fin de evitar que se reduzca la confiabilidad y se dañe la reputación de la autoridad de aplicación.

En segundo lugar, las sucesivas modificaciones a la ley han reducido su efectividad, entre ellas, la introducción de mayores atribuciones otorgadas a la Secretaría durante el proceso de investigación y los cambios en los límites de notificación de las operaciones de concentración, los cuales se han vuelto más laxos.

Nuevamente se diferenciará el análisis entre casos y fusiones.

i) Conductas

A continuación se expone la evolución del número de conductas, por tipo de resolución emitida para el período 1990-2003.

Tal como se desprende del cuadro 4, el número de conductas resueltas muestra un ciclo de *stop and go*: en los primeros años de la década de 1990 el número de casos fue reducido, para luego aumentar notablemente a partir de la segunda mitad, tendencia que se repite a partir de 1999. El número de desestimaciones y de acuerdos mostró un patrón de comportamiento similar al número de casos a lo largo del período, mientras que el número de multas impuestas por la CNDC se mantuvo en niveles bajos.

Asimismo, se presenta la distribución de las conductas analizadas, donde se observa que del total de 168 conductas, aproximadamente la mitad correspondía a otras conductas monopolísticas. El restante 50% corresponde a acuerdos horizontales y verticales.

Cuadro 4
ARGENTINA: EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONDUCTAS, 1990-2003

	1990-1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Conductas analizadas	23	23	24	32	17	15	20	32	39
Multadas	7	2	3	3	3	2	3	2	4
Desestimadas	13	20	20	26	13	12	17	30	34
Acuerdo entre partes	3	1	1	3	1	1	0	0	1

Fuente: Elaboración propia.

Cuadro 5
ARGENTINA: DISTRIBUCIÓN DE CONDUCTAS, 1990-2001

	N°	Part.
Total	168	100,0
Acuerdos horizontales	30	17,9
Acuerdos verticales	21	12,5
Otras cond. monopol.	73	43,5
<i>Ab Pos Domin</i>	29	17,3
Otras	15	8,9

Fuente: Elaboración propia.

Por último, con relación a la eficiencia de las multas aplicadas por la CNDC, es relevante comentar algunas medidas cuantitativas. Una de ellas considera el coeficiente entre las multas aplicadas por la CNDC y los beneficios de las empresas, y la otra establece el coeficiente entre las multas aplicadas y las máximas multas posibles. Estas medidas varían según el caso considerado, pero a modo de ejemplo puede citarse que en el caso YPF-Repsol, la multa aplicada significó 6% de los beneficios de la empresa y 100% de la máxima multa, y en el caso TRISA-TSCSA la multa aplicada fue de 80% de la máxima multa (Margaretic, Martínez y Petrecolla, 2005).

ii) Fusiones y adquisiciones

A partir de la reforma de 1999, la CNDC ha analizado un número significativo de fusiones, en su gran mayoría autorizadas, ya que no se consideró que éstas pudieran afectar la competencia en los mercados correspondientes. En efecto, 96% de las operaciones analizadas fue autorizado en el período de análisis. El número de operaciones rechazadas muestra un comportamiento estable durante todo el período, en contraste con la evolución de las operaciones aprobadas con condicionamientos, la cual muestra un fuerte pico en el año 2000, tal como queda de manifiesto en el cuadro 6.

Cuadro 6
ARGENTINA: DISTRIBUCIÓN DE FUSIONES, 1990-2003

	1990-1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Total de fusiones	0	0	0	0	39	157	37	26	32
Rechazadas	0	0	0	0	0	1	0	1	1
Condicionadas	0	0	0	0	1	6	0	1	2
Autorizadas	0	0	0	0	38	150	37	24	29

Fuente: Elaboración propia.

Un punto a tener en cuenta del cuadro anterior se refiere al impacto de los cambios en los montos mínimos para la notificación de las operaciones. Tal como se observa, a partir de 2001 hubo una notable caída, explicada por los mayores umbrales determinados.

5. Resumen comparativo entre Argentina y Brasil

A modo de comparación, en el cuadro 7 se muestran datos acerca del *enforcement* aplicado por la Comisión Europea (CE) en casos de fusiones. En términos generales, en las tres regiones se observa un alto porcentaje de fusiones aceptadas.

La CE presenta un mayor porcentaje de fusiones condicionadas y rechazadas con respecto al resto de las regiones, si bien en el porcentaje de fusiones rechazadas se incluyen aquellas que se encuentran fuera del ámbito de la CE. En Brasil es muy bajo el porcentaje de fusiones rechazadas, así como el porcentaje de fusiones condicionadas en relación con el resto de las regiones. Si bien en Argentina el porcentaje de fusiones rechazadas y condicionadas es menor que el de la CE, resulta mayor que el de Brasil. Por último, es importante destacar que el *enforcement* de fusiones se ha vuelto más efectivo en Argentina y Brasil en los últimos años.

En cuanto al análisis del *enforcement*, a continuación se considerará el tiempo promedio que las agencias demoran en tomar sus decisiones en materia de competencia, así como la creación de procedimientos abreviados.

En este sentido, cabe destacar la importancia de reducir el período promedio en que la autoridad de competencia toma su decisión, ya que ello afecta la rentabilidad de las empresas y la efectividad de las decisiones, entre otras cuestiones. En la actualidad, el CADE cuenta con un máximo de 60 días para pronunciarse, término bastante excesivo. Por su parte, en Argentina el límite máximo de tiempo es de 45 días, menor que en el caso de Brasil, pero de todos modos elevado.

La reducción del tiempo promedio requiere de múltiples elementos relacionados en última instancia con la eficacia de la política. Entre ellos, se menciona el aumento en los recursos materiales y humanos, mejora en los procedimientos, y focalización del gasto, entre otros aspectos ya comentados.

Cuadro 7
CUADRO COMPARATIVO DEL ENFORCEMENT EN FUSIONES ENTRE LA CE,
BRASIL Y ARGENTINA, 1999-2005
(Porcentajes)

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
CE							
Aceptadas		87	92	86	95	88	80
Condicionadas		9	7	7	5	7	6
Rechazadas o fuera del alcance de la Comisión		5	1	7	0	5	13
Brasil							
Aceptadas		97	98	98	99	93	
Condicionadas		3	2	2	1	7	
Rechazadas		0,2	0	0	0	0,3	
Argentina							
Aceptadas	97	96	100	92	91		
Condicionadas	3	4	0	4	6		
Rechazadas	0	1	0	4	3		

Fuente: Elaboración propia.

Se debe subrayar que, en el caso de Brasil, en los últimos años se han introducido mecanismos de tipo *fast track* más expeditos para determinadas operaciones, y sin efectos adversos sobre la competencia. También se han implementado procedimientos para el análisis conjunto de operaciones de concentración por parte de la SDE y la SEAE. Dichas modificaciones permitieron una reducción en los tiempos promedio de los procedimientos y una asignación más eficiente de los recursos.

Por otra parte, la CNDC de Argentina no cuenta con procedimientos *fast track*; sin embargo, posee una estandarización de los procedimientos, por ejemplo, a través de formularios tipo para la notificación de operaciones de concentración y, de este modo, mayor eficiencia y menores tiempos de resolución. Estos formularios de notificación de concentraciones sistematizan la información que las empresas deben presentar a la hora de notificar una fusión, y cuyo nivel de detalle se incrementa, dependiendo de la complejidad de la operación bajo análisis.¹¹ Este procedimiento permite ir eliminando aquellas operaciones que por su naturaleza no representan una preocupación desde el punto de vista de la competencia.

Además de los formularios, se recomienda en el caso de Argentina la introducción de mecanismos *fast track* para determinadas operaciones definidas *ex ante*, mientras que en el caso de Brasil sería deseable la extensión de éstos a un mayor número de operaciones, además de eliminar la obligación de notificación de conductas.

De este modo se concluye la sección, con el recuadro 1, el cual resume las principales diferencias y similitudes entre las políticas de competencia y su aplicación en Argentina y Brasil.

¹¹ Dependiendo de la naturaleza de la operación, la CNDC determina si las empresas en cuestión deben seguir completando el F2 y eventualmente el F3 (mayor detalle de la información).

Recuadro 1
RECUADRO COMPARATIVO DE LEGISLACIÓN ARGENTINA-BRASIL

Ítems	Brasil	Argentina
Objetivos de la ley	Defensa del orden económico y principio del papel social de la propiedad	Defensa del interés económico general
Reforma a la ley de defensa de la competencia	Ley 25156 (1999)	Ley 8884 (1994)
Autoridad de aplicación de la ley	CADE, SDE, SEAE	CNDC (actual) y TNDC (cuando se conforme)
Alcance de la autoridad	Sobre todos los sectores con excepción de bancos	Sobre todos los sectores de la economía
Independencia de los organismos	Sí (CADE)	No (en el futuro TNDC)
Carácter de decisiones	CADE, Instancia administrativa, decisiones apelables ante la Justicia	TNDC: Instancia administrativa. Decisiones apelables ante la justicia. CNDC: Emite recomendaciones al Secretario de Estado
Dependencia funcional	CADE y SDE: Ministerio de Justicia y SEAE Ministerio de Finanzas.	CNDC depende de la Secretaría de Coordinación Técnica, Ministerio de Economía. TNDC: Ministerio de Economía
Instrumentos de investigación	Pericias, allanamientos y programa de indulgencia de testigos	Pericias, allanamientos, audiencia pública
Criterio para el análisis de conductas	Caso por caso (<i>per se</i>)	Caso por caso (<i>per se</i>)
Poder de mercado como condición previa la análisis de conductas	Sí	Sí
Límites para el análisis de conductas	No regulado (en la práctica, participación de mercado mayor al 20%)	No regulado
Tratamiento especial para firmas pequeñas	Sí	No
Multas por conductas anticompetitivas	Desde 1% hasta 30% de las ganancias brutas	De 3.400 dólares a 51.020.400 dólares
Multa diaria por incumplimiento de compromisos	De 2.050 dólares a 41.000 dólares diarios, acumulativa por 90 días	340.136 dólares diarios
Control previo de concentraciones económicas	Sí (desde 1994)	Sí (desde 1999)
Tarifa para la notificación de concentraciones	Sí (desde 1999)	No
Definición del mercado relevante en fusiones	<i>Test</i> del monopolista hipotético	<i>Test</i> del monopolista hipotético
Limites del Participación de mercado para concentraciones	Unilateralmente: 20% y conjuntamente: 75%, resultante de la operación superior a 10%	No regulado

(Continúa)

Recuadro 1 (conclusión)

Ítems	Brasil	Argentina
Índice de concentración utilizado	C4	IHH
Obligación de notificación previa en concentraciones	No (dentro de los 15 días luego de ocurrida la transacción)	No (dentro de los siete días luego de ocurrida la transacción)
Límite temporal para resolver una concentración	120 días	45 días
Límite para la notificación de concentraciones	20% del mercado relevante o facturación total de 156 millones de dólares el año anterior	Volumen total de negocios de 68.027.211 dólares y monto de la operación u operaciones en el mismo mercado realizadas el año anterior superiores a 6.802.721 dólares; operaciones en el mismo mercado relevante en los últimos tres años por arriba de 20.408.163 dólares
<i>Fast track</i> para concentraciones	Para operaciones que cumplen determinados requisitos, este análisis se realiza en conjunto entre el SDE y la SEAE	Según complejidad de la operación se establecen tres plazos: 15 (F1), 35 (F2) y 45 (F3) días, luego de la notificación

Fuente: Elaboración propia.

II. Principales casos analizados

Tanto en Brasil como en Argentina, la defensa de la competencia fue de gran relevancia en la década de 1990. Asimismo, en ambos países, a partir de que sus leyes incorporaron el control previo de operaciones de concentración económica, se han analizado importantes fusiones y adquisiciones. En el presente capítulo se presentan las principales operaciones resueltas por las agencias de defensa de la competencia, seleccionadas no sólo por su importancia sino también por su diversidad para plantear ejemplos útiles para Centroamérica.

1. Antecedentes de fusiones

a) Brasil

En el capítulo anterior se describieron las estadísticas sobre el *enforcement* de Brasil, donde pudo observarse un porcentaje de fusiones con condicionamiento relativamente bajo. Los condicionamientos de tipo estructural, es decir, aquellos dirigidos a la utilización y disposición de activos, se presentaron solamente en cuatro de 10 casos condicionados. Uno de estos casos fue la fusión del AmBer en el mercado de cerveza en el año 2000, en el que el CADE exigió la desinversión de una marca y cinco plantas productoras de cerveza. En el año 2003 se exigió un condicionamiento estructural en la adquisición de la cadena de supermercados G. Barbosa por el Grupo Adhold (dueño de Bompreço, la mayor cadena de supermercados en la zona norte de Brasil). El CADE ordenó al Grupo Adhold la desinversión de 16 de las 32 sucursales de G.

Barbosa. En 2004 se condicionaron otras dos concentraciones económicas en el mercado de supermercados; en una de ellas el CADE impuso la venta de una sucursal y en la otra, caso Pepsico-Gatorade, se le exigió a AmBer la desinversión de su bebida tónica más conocida en el mercado.

La adquisición por parte de Novo Nordisk de Biobrás fue condicionada por el CADE. Nordisk era el mayor exportador de insulina de Brasil, mientras que Biobrás era la única empresa farmacéutica que producía insulina. Nordisk propuso mantener separados los activos de producción de insulina de Biobrás mediante la creación de una nueva compañía: Biommm. El CADE aprobó esta transacción pero impuso una condición contractual que estableció que Biommm no podría exportar insulina a Brasil desde sus plantas productoras situadas en el exterior.

Otros casos en los que el CADE ha impuesto cláusulas de condicionamiento de comportamiento han sido adquisiciones de firmas locales de servicio de elevadores por parte de una única empresa. En estas operaciones los contratos de compraventa establecían la prohibición de que el vendedor ofreciera estos servicios por una determinada cantidad de años. El CADE exigió modificar estas condiciones anticompetitivas, especialmente en lo referente al mercado relevante de elevadores (sin incluir escaleras mecánicas) o que impusieran alguna limitación geográfica.

i) Caso AmBer (Antártica-Brahma)

En 1999 se presentó ante el CADE la fusión de dos importantes empresas productoras de cerveza de Brasil, Antártica y Brahma, que formarían una nueva firma llamada AmBer. Esta fusión generó varias controversias sobre sus posibles efectos anticompetitivos.

En este caso es relevante señalar el contexto del mercado internacional, en el que se presentó la operación de concentración económica. En los 10 años previos se había incrementado significativamente la concentración del mercado internacional de cerveza y numerosas fusiones y adquisiciones habían transformado a un sector desconcentrado en otro, que podría caracterizarse como un oligopolio global dominado por menos de 20 empresas con presencia internacional.

Surgieron controversias alrededor del caso AmBer, ya que un grupo contrario a la operación consideraba que la participación de mercado de la firma luego de la fusión era perjudicial para la competencia, y otro grupo favorable sostenía que ésta fortalecía la presencia internacional de la empresa.

La participación de las empresas en el mercado nacional de cerveza era la siguiente: Skol 33% aproximadamente, Brahma 22%, Antártica 15%, Kaiser 14%, Schincariol 9% y el resto eran competidores de menor tamaño.

El mercado de cervezas fue considerado por el CADE como un oligopolio de productos diferenciados, con un nivel razonable de rivalidad en precios y publicidad, sumado a altas barreras a la entrada. Estas barreras se presentaban por el difícil acceso a los canales de distribución y por los costos hundidos de publicidad necesarios para el desarrollo de una marca.

El CADE concluyó que, a pesar de las ganancias competitivas derivadas del incremento en cantidad y calidad de la cerveza producida y el desarrollo tecnológico, la operación aumentaba el poder de mercado de las empresas involucradas. La agencia tuvo en cuenta también que estos efectos negativos no serían contrarrestados con la entrada de nuevas empresas por las barreras al mercado mencionadas.

El CADE estableció un condicionamiento de tipo estructural, y ordenó la desinversión de algunos activos de las empresas junto con una cláusula de comportamiento. Estos condicionamientos fueron: 1) la venta de la marca Bavaria; 2) que se compartiese el sistema de distribución por un período de cuatro a seis años, y 3) la desinversión de una planta productora en cada una de las cinco regiones del país.

El principal objetivo de este condicionamiento fue posibilitar la entrada de un nuevo competidor al mercado de producción de cervezas, sin tener que incurrir en el costo de generar su propia distribución y su propia marca.

Sin embargo, al realizar una evaluación *ex post* del mercado brasileño de cerveza, no se observan cambios significativos en las participaciones de las empresas. En 2004 las participaciones fueron: Skol 31%, Brahma 22%, Nova Schin 15%, Antártica 14%, Kaiser 12% y el resto se distribuye entre otros competidores. La concentración del mercado tampoco se modificó significativamente, ya que en 2001 el IHH era de 5.153 puntos y en 2004 de 4.908 puntos.

ii) Caso Nestlé-Garoto

La firma Nestlé Brasil es una empresa subsidiaria del Grupo Suizo Nestlé, productor multinacional de alimentos y bebidas, entre ellos chocolates. Por su parte, Garoto, empresa brasileña de alimentos, fabrica golosinas y chocolates. Dado que Garoto era la tercera empresa del mercado, luego de Nestlé y Alimentos Kraft (Lacta), la fusión de Garoto y Nestlé alteraba significativamente las condiciones de liderazgo del mercado. Una inquietud importante en esta operación fue si debía establecerse como mercado relevante el mercado de todos los chocolates, o bien mercados de menor tamaño como tabletas, cajas, *snacks* y huevos de pascua. No obstante, la concentración que se alcanzaba en cada uno de estos mercados luego de la operación era igualmente significativa.

En 2001 las participaciones en el mercado de chocolates de las empresas eran las siguientes: Nestlé tenía aproximadamente 34%, Lacta 33%, Garoto 24% y el resto de las empresas poseían participaciones inferiores a 5%. De esta forma, luego de la operación de concentración económica, el grupo Nestlé-Garoto alcanzaría una participación de 58% aproximadamente.

Éste fue el primer caso de fusiones en donde las partes, e incluso su principal competidor (Kraft), presentaron estudios cuantitativos. Estos estudios trataban de predecir el efecto posfusión en precios y cantidades, así como la reducción del costo marginal necesario para contrarrestar el aumento de poder de mercado de la empresa involucrada.¹² Las grandes diferencias entre los resultados de los estudios presentados por las partes y el presentado por Kraft llevaron a que el CADE realizara un análisis crítico de las metodologías empleadas, como la identificación de la función de demanda relevante, la incertidumbre asociada a las estimaciones de elasticidades de demanda y los potenciales defectos resultantes de utilizar una definición Bertrand-Nash de productos diferenciados.

El CADE contestó también algunas afirmaciones presentadas por las partes con respecto a las barreras a la entrada y la posibilidad de que algunas marcas importantes como Mars y Hershey pudiesen expandirse. Asimismo, las empresas involucradas elaboraron un estudio detallado de las ganancias de eficiencia derivadas de la operación.

Finalmente, el CADE concluyó que los estudios econométricos demostraban altas elasticidades cruzadas entre los distintos segmentos del mercado de chocolates, así como entre las distintas marcas, lo que llevó a concluir que el mercado relevante era el mercado nacional de chocolates en todas sus formas. La agencia de competencia consideró que las importaciones no eran relevantes para el mercado, y la distribución de estos productos representaba una barrera a la entrada. De esta forma se resolvió que debería rechazarse la transacción, ya que: 1) ni la reducción de los costos que surgiría de la transacción ni la competencia que se daría en el mercado eran suficientes para contrarrestar un posible aumento de los precios, y 2) no existían medidas que pudieran remediarse, capaces de contrarrestar los efectos de una concentración tan elevada.

¹² Estos estudios trataban de contribuir a la definición de mercado relevante midiendo la reacción de los consumidores ante cambios en el precio de los productos de chocolate, así como de las distintas marcas (estimaciones de elasticidad precio de la demanda). Las empresas involucradas incluso presentaron estimaciones econométricas basadas en datos de Nielsen.

En febrero de 2004, la mayoría de los vocales votaron a favor del bloqueo de la operación y ordenaron la venta de la empresa de chocolates Garoto a un competidor, con una participación de mercado inferior al 20%.

b) Argentina

Al igual que en el caso de Brasil, el porcentaje de operaciones de concentración económica condicionadas y prohibidas es poco significativo (4% en 1999-2003). Las dos operaciones más importantes rechazadas por la CNDC fueron una vertical y otra horizontal. La operación horizontal se presentó en 1999 entre los dos principales proveedores de servicios postales, Correo Argentino (CASA) y Oca. Ésta colocaba a las empresas involucradas en una posición de competidores casi exclusivos en la mayoría de los mercados relevantes analizados, dado que desaparecería Oca, el vigoroso competidor que enfrentaba a Correo Argentino. En este caso se practicaron algunos ejercicios cuantitativos para estimar el impacto de los posibles aumentos de precio, los cuales mostraron potenciales perjuicios para los consumidores (por pérdida de excedente del consumidor), pese a que algunos servicios se encontraban regulados. La otra operación prohibida se concluyó en 2002, y será descrita más adelante en este capítulo.

Los condicionamientos impuestos por la CNDC han sido de carácter estructural y de comportamiento. Estos últimos correspondieron, en su mayoría, a cláusulas que prohíben a los competidores salientes del mercado reincorporarse a éste por un determinado período. La CNDC generalmente ha opinado que deberían acortarse los plazos para este tipo de prohibiciones. Los condicionamientos estructurales se presentaron en diversos mercados regulados y no regulados. Una importante operación condicionada en el año 2000 se presentó en el mercado de supermercados (Carrefour-Supermercados Norte), cuando se ordenó a la empresa adquiriente que se abstuviera de incrementar la superficie total de ventas durante el plazo de un año en la zona geográfica donde se ampliaba significativamente su participación. Luego de ese período, la empresa debió elevar un informe sobre la evolución del mercado y en ese momento la CNDC podría ordenar la transferencia de activos.

Otra de las operaciones condicionadas fue la de Minetti-Hormix en 2001, dos importantes empresas del mercado de producción de cemento. El condicionamiento implicó la venta de plantas productoras en la región geográfica donde se incrementaba significativamente la participación. Asimismo, se ordenó la suscripción de un compromiso que garantizara la libre disponibilidad de cemento en condiciones comerciales equitativas a los oferentes de hormigón, ya que la operación implicaba una integración vertical en estos mercados.

En 2003 se condicionó la operación internacional de Quinsa y AmBer, dos empresas que controlaban importantes marcas y plantas productoras de cerveza en Argentina. En este caso, la comisión ordenó la venta de una planta productora de cerveza, de varias marcas de cerveza y de una planta productora de malta. Además, la CNDC exigió que se asegurase el libre acceso a los sistemas de distribución de las empresas involucradas.

En ese mismo año la empresa pública de energía Petrobrás, de Brasil, adquirió una empresa de energía privada argentina, Pecom Energía, que participaba en los mercados argentinos de gas, combustible, electricidad y petroquímicos; sin embargo, esta operación de concentración económica no implicaba incrementos importantes de la concentración, sino más bien el intercambio de un competidor por otro. Pecom salía del mercado, mientras que entraba Petrobras, que no poseía otras empresas grandes en el país, por lo que no se modificó significativamente la concentración en los mercados relevantes. La CNDC aconsejó al Secretario de Coordinación Técnica autorizar la operación. No obstante, el Secretario consideró que era importante conservar la independencia de ciertos activos estratégicos (la justificación de su intervención no se basó en argumentos pro competencia) y ordenó condicionar la operación a la venta de una importante empresa

transportadora de electricidad, Transener. Esta operación es un ejemplo claro de la intervención que puede tener el poder ejecutivo en las decisiones técnicas de la CNDC.

i) Caso Fresenius-RTC Holdings Internacional INC

Una de las operaciones condicionadas en 2001 fue la adquisición por parte de Fresenius Medical Care de RTC Holdings Internacional INC. A partir de esta operación surgió una relación horizontal importante, ya que ambas empresas ofrecían el servicio de diálisis en el país. Asimismo, se fortalecía una relación vertical, dado que Fresenius producía y comercializaba insumos para diálisis. La definición de mercado relevante implicó en este caso el estudio de las enfermedades relacionadas con el servicio de diálisis. Luego de audiencias y consultas a especialistas, se concluyó que ni la diálisis peritoneal ni el trasplante renal eran buenos sustitutos de la hemodiálisis y, en consecuencia, el mercado relevante del producto sería el servicio de hemodiálisis. El mercado geográfico fue definido como local, ya que se consideró el área dentro de la cual el paciente estaba dispuesto a desplazarse para sustituir un centro de diálisis por otro. En cuanto a la oferta, no existían incentivos para ampliar el mercado geográfico, pues ya había convenios específicos entre las obras sociales y las empresas prestadoras del servicio en determinadas áreas.

La oferta de servicios de diálisis en Argentina estaba conformada por cuatro firmas de presencia internacional que atendían a 70% de los pacientes. No obstante, sólo en determinadas zonas del país se presentaban relaciones significativas.

En este caso se puso especial atención al proceso de fijación de precios, a fin de evaluar los efectos de la operación. Los precios de la diálisis no eran establecidos por un equilibrio entre la demanda y oferta del mercado, sino mediante un proceso de negociación entre las obras sociales privadas (que representan al conjunto de consumidores, parte de la demanda) y organismos gubernamentales (que representan a otro conjunto de consumidores sin acceso a obras sociales privadas, resto de la demanda), además de los prestadores de los servicios de diálisis (oferentes). Los precios no constituían una variable de competencia a nivel consumidor final, dado que los pacientes no abonaban directamente estos servicios, por lo que la operación no les afectaba potencialmente. No obstante, la CNDC entendió que la calidad de la prestación sí podía verse afectada en aquellas zonas donde existía una alta concentración.

Este organismo decidió aconsejar al Secretario que condicionara la operación a la venta de determinados activos, opinión que fue convalidada por el Secretario. Se le exigió a Fresenius que vendiese en el plazo de seis meses algunos centros de diálisis ubicados en zonas geográficas donde se incrementaba significativamente la concentración. También se le exigió una disminución del período temporal que establecían las cláusulas de no competencia del contrato de compraventa.

Este condicionamiento generó problemas posteriores, ante la dificultad que enfrentó la CNDC para exigir el cumplimiento de los plazos establecidos. Las partes alegaban constantemente no encontrar compradores para los centros de diálisis y era difícil para la CNDC probar esto. Surgen complicaciones para exigir el cumplimiento de los condicionamientos cuando se establecen junto con la aprobación de la operación, dado que no se dan incentivos positivos para las partes fusionadas. La operación se aprobó una vez que la CNDC exigió a las partes el cumplimiento de un condicionamiento de desinversión, por lo que no existía ningún incentivo relacionado con la operación para este cumplimiento. Justamente esta política de condicionamiento se intentó modificar en el caso Bimbo-Fargo, en el que se condicionó la operación, pero la aprobación completa de la fusión se permitiría una vez que las empresas cumplieren con tal condicionamiento.

ii) Caso Bimbo-Fargo

La CNDC modificó la metodología a fin de establecer condicionamientos en otra importante operación, que consistió en la adquisición de la Compañía de Alimentos Fargo por parte del Grupo Bimbo y se concluyó en 2004. Como estos dos grupos producían y comercializaban panificados industriales en Argentina, se presentó una relación horizontal.

En este caso, las partes aportaron varios estudios para defender un mercado del producto que incluía el pan artesanal y el pan industrial. Por la gran dimensión del mercado de pan artesanal, la participación de estas empresas era poco significativa en un mercado tan amplio (pan artesanal e industrial). Entre los resultados obtenidos se destacó un estudio econométrico en el que se estimaban las elasticidades de demanda del pan industrial y se concluía, luego de aplicar el *test* del monopolista hipotético, que un incremento de precios no sería rentable para las partes.

Sin embargo, la comisión concluyó que los resultados de este estudio eran dudosos, ya que la metodología utilizada no consideró variables significativas para modelar la crisis económica del período considerado, ni analizó el ajuste de residuos.

Finalmente, por las características de los productos, así como por las decisiones de los consumidores y las correlaciones de precios, se definieron tres mercados relevantes por el lado de la demanda, los cuales se redujeron a dos mercados por el lado de la oferta: el de pan industrial blanco y negro y el mercado de bollería industrial. La amplitud del sistema de distribución llevó a definir el mercado geográfico como nacional.

En cuanto a las participaciones de las empresas involucradas se observó que la participación de Fargo en la producción de pan industrial blanco y negro era de 58%, mientras que la del Grupo Bimbo era de 21% (el IHH crecía de 4.072 a 6.477 puntos). En el mercado de bollería la participación de Fargo era de 47% y la del Grupo Bimbo de 15% (el IHH pasaba de 2.588 a 3.999 puntos).

Se concluyó que la competencia entre las firmas que participan en el mercado se vería fuertemente lesionada por la operación, al absorberse la empresa líder del mercado, Fargo, y resultar en la conformación de una mega empresa, que no enfrentaría competidor vigoroso alguno, por las características del resto de las firmas que actuaban en el mercado.

Asimismo, este mercado se caracterizó como un mercado de productos diferenciados. Las marcas más importantes de cada empresa, Bimbo y Fargo, eran la primera y segunda opciones para los consumidores, pero además de la operación quedaban controladas por el Grupo Bimbo. El aumento de precio de alguna de estas marcas resultaría rentable, ya que un porcentaje importante de los consumidores sería absorbido por la marca que no incrementó su precio.

La CNDC consideró también que la existencia de capacidad ociosa de las empresas involucradas (aproximadamente de 50%) configuraba una significativa barrera a la entrada. Esta capacidad posibilitaba responder estratégicamente ante la entrada de un nuevo competidor, e incrementar rápidamente y a bajo costo la producción.

Por último, se tomaron en cuenta las ganancias de eficiencia aducidas por las partes; no obstante, éstas se desestimaron porque el entorno poco competitivo y concentrado resultante de la operación no presentaría incentivos para que las empresas involucradas trasladasen las ganancias de eficiencia a los consumidores por medio de menores precios. En este caso, se aprecia de nuevo el mayor peso que la CNDC asigna al excedente del consumidor con respecto al del productor.

La CNDC decidió condicionar la operación, pero el procedimiento fue distinto al establecido anteriormente. La CNDC, con la intervención del Secretario de Coordinación Técnica, negoció un “compromiso” de venta de activos con las partes siguiendo el modelo europeo.

Este tipo de condicionamiento se ajustó a la estructura del modelo europeo, aunque también se aplica en Estados Unidos, y fue una innovación para Argentina. Con anterioridad, en este último país se aplicaban condicionamientos a las fusiones *ex post*, es decir, se aprobaban las operaciones y se exigía que se cumplieran determinados condicionamientos. No obstante, el *enforcement* en estos casos resultaba menos eficiente, ya que no se establecían plazos ni existían incentivos para que las empresas los observaran, dado que la operación ya estaba aprobada. En el caso Bimbo-Fargo se estableció un compromiso de desinversión entre las partes y la CNDC, por medio del cual las empresas debían vender determinados activos, y la operación no se aprobaría hasta que se cumpliera este compromiso. Este condicionamiento involucra, por una parte, directamente a las empresas fusionadas, ya que se “comprometen” a cumplirlo, y no por una imposición unilateral de la CNDC y, por la otra, genera incentivos para su cumplimiento, dado que no se aprueba la operación sin ese requisito y se establecen plazos para que se concrete la desinversión, sujetos a determinadas sanciones (véase el recuadro 2).

El compromiso consistió en la venta de una unidad de negocio operativa, conformada por una segunda marca de Fargo (“Lactal”), una planta de producción y un sistema de distribución apropiado. Se estableció un primer período en el que las partes podían vender los activos mencionados. Si al cabo de este período las partes no lograban vender los activos, se impondría la intervención de un “agente vendedor”, como un tercer encargado de la venta.

2. Antecedentes de conductas

a) Brasil

En materia de análisis de conductas anticompetitivas, puede afirmarse que Brasil no posee una tradición muy extensa. De hecho, hasta el año 2003 el número de casos analizados no era significativo (33 casos anuales, en promedio). Más aún, Brasil se caracterizaba por analizar casos poco significativos en términos de su impacto sobre la competencia. Así, en el período 2000-2003, sobre un total de 172, en 103 de ellos el CADE resolvió cerrarlos, al no haber encontrado violación a la ley de competencia. A ello se agregaban procedimientos administrativos excesivamente largos que reducían aún más la eficacia de la política, con el riesgo de que el daño sobre la competencia ya se hubiese efectuado, además de una baja calidad en el análisis de los casos y poco aprendizaje de casos similares tratados anteriormente por las propias agencias de competencia.

Sin embargo, cabe señalar que en los últimos años se han emprendido acciones para mejorar el desempeño del sistema en materia de resolución de casos, y se ha aumentado así su efectividad. Este logro se alcanzó gracias a la introducción de procedimientos administrativos abreviados a fin de liberar recursos para resolver los casos más importantes y, por ende, reducir el tiempo promedio para pronunciarse sobre una conducta e incrementar los recursos materiales y humanos para la resolución de casos. Todo ello ha redundado en una mayor eficacia en materia de análisis de conductas anticompetitivas, aun cuando subsisten numerosas fallas por resolver.

En 1999, el CADE resolvió el primer caso anticompetitivo de cartelización de empresas, bajo la ley 8884. La conducta analizada consistía en un acuerdo de precios entre empresas productoras de hierro en láminas. Así, se iniciaba la trayectoria de la agencia en materia de la lucha contra las prácticas monopolísticas y anticompetitivas.

Recuadro 2**COMPROMISO DE DESINVERSIÓN ESTABLECIDO EN EL CASO BIMBO-FARGO**

Como la CNDC consideró que la compra de Fargo por parte de la empresa Bimbo arrojaría un grave perjuicio para la competencia en el mercado de pan industrial, las partes involucradas presentaron un compromiso de desinversión previo a la autorización de la operación. Si bien las partes hicieron propio el compromiso, ya éste se había negociado antes con la CNDC y con el Secretario. El compromiso consistía en la transferencia de una unidad de negocios formada por la marca "Lactal", la planta de producción de pan industrial y un sistema de distribución apropiado para la comercialización de los productos marca "Lactal". Según los términos del compromiso, el comprador podría optar por no adquirir el sistema de distribución, pero debería adquirir simultáneamente las marcas "Lactal" y la planta de producción.

La CNDC consideró que la transferencia del negocio a desinvertir a un competidor vigoroso e independiente mantendría las condiciones de competencia existentes en los mercados de pan blanco, negro y de bollería, con anterioridad a la operación.

El comprador del negocio a desinvertir debía ser un tercero que no mantuviese vínculos societarios ni alianzas estratégicas con las partes involucradas en la operación en el momento de la transferencia. Asimismo, debía contar con suficientes recursos financieros, acreditar idoneidad y tener incentivos para desarrollarse como un competidor efectivo en el mercado de pan industrial.

Se presentó un caso especial en esta operación, ya que la empresa comprada, Fargo, se encontraba en concurso de acreedores, situación que debía ser considerada cuando se estableciera el compromiso de desinversión.

El compromiso previó un primer período de desinversión, de una duración de 18 meses, contados a partir de la fecha de la resolución. Este período podría ser extendido por la CNDC a solicitud de las partes, en caso de que éstas no obtuvieran la autorización del juez del concurso de Fargo para celebrar el contrato de venta.

Luego, el compromiso contemplaba un período de desinversión extendido, de 12 meses contados a partir de la finalización del primer período de desinversión o del otorgamiento de mandato a un agente vendedor, lo que ocurriese primero. En este compromiso se incorporó la figura de agente vendedor, a quien las partes involucradas otorgarían un mandato para transferir el negocio a desinvertir. Se estableció que este agente debería ser independiente de las partes involucradas, y su designación aprobada por la CNDC.

Asimismo, el compromiso estableció que las partes involucradas no podrían integrar sus negocios hasta la fecha de aprobación del contrato de venta del negocio a desinvertir por parte de la CNDC, o hasta que, previa aprobación de la CNDC, fuera puesto en funciones el agente vendedor.

Una vez cerrada la operación de venta del negocio a desinvertir e instrumentada en el contrato de venta, la CNDC pasaría a recomendar al Secretario la autorización de la operación notificada.

Asimismo, en una serie de casos iniciados en el año 2002, el CADE analizó la conducta de fijación anticompetitiva de precios excesivos por parte de un conjunto de estaciones de gasolina y una asociación de vendedores de combustibles en distintos estados brasileños, los cuales derivaron en la imposición de multas tanto a los expendedores individuales como a los oficiales de las asociaciones y a las asociaciones que nucleaban a las distintas empresas del sector.

En el mismo sentido, en marzo de 2005 el CADE concluyó un caso en contra de los cuatro principales diarios de Río de Janeiro por un aumento coordinado de las tarifas del orden de 20%. En el día del alza de precios, los cuatro diarios publicaron idénticas notas editoriales en las que justificaban el incremento y mencionaban a la asociación que los nucleaba como el agente organizador del acto. De este modo, y con base en lo anterior, el CADE decidió multar a las empresas con 1% de sus ingresos anuales, por considerar que la práctica descrita constituía una violación a la ley de competencia.

Un caso similar ocurrió cuando, en 1999, distintos diarios locales denunciaron que tras una reunión entre los directores de las cuatro principales aerolíneas, los precios de los pasajes del tramo altamente demandado Río de Janeiro–San Pablo habían aumentado en 10%. Ello originó una investigación por parte de la SEAE, y se concluyó que efectivamente el alza de los precios no era meramente un caso de paralelismo consciente, sino que se trataba de un acuerdo concertado. Además de la prueba de la reunión entre los presidentes de las empresas cinco días antes del incremento coordinado de precios, la evidencia analizada mostró que existía un sistema de intercambio de información entre las empresas, por medio de la empresa editorial para tarifas aéreas (ATPCO, por sus siglas en inglés), el sistema de información computarizado que concentraba los datos de las aerolíneas. Aparentemente, las empresas podían efectuar cambios de precios, los cuales

durante los tres primeros días sólo podían ser vistos por las empresas y no por los consumidores ni las agencias de turismo. De este modo, la compañía que publicaba la información permitía que las empresas se coordinaran y, ante la decisión de aumento de precios de una de ellas, las otras podían imitarlas. En sentido contrario, si el resto se negaba a elevar los precios, al poder anular el incremento inicial por parte de la empresa que lo había empezado, era posible cancelar la acción sin sufrir una caída en la demanda.

De este modo, en septiembre de 2004, el CADE determinó que las cuatro aerolíneas se habían coludido para aumentar los precios de los pasajes, razón por la cual impuso multas del orden de 1% sobre los ingresos percibidos por las empresas durante 1999. La conducta sancionada fue la fijación de precios y los ajustes de precios a través del sistema de notificación de tarifas.

Cabe señalar que en Brasil no sólo se ha analizado la modalidad de acuerdos de precios como una práctica horizontal, sino que también se han resuelto casos en los que la conducta anticompetitiva consistía en contratos de exclusividad o creación de barreras de entrada tendientes a disuadir o prohibir la entrada a potenciales competidores que pudieran ingresar al mercado y eventualmente reducir los precios a través del genuino mecanismo de la competencia (Unimeds, 2002; Varig- TAM, 2005). En general, también en estos casos se impusieron multas de distinta magnitud, dependiendo del alcance y la severidad de las conductas bajo análisis.

En referencia a la jurisprudencia sobre abuso de posición dominante, la mayoría de los casos considerados por el sistema brasileño involucraban alguna forma de restricción vertical, en particular prácticas exclusorias para cerrar el mercado o evitar la entrada de competencia horizontal. En este sentido, el ejemplo más reciente, y a la vez uno de los más relevantes, es el caso de Microsoft, el cual consistió en restricciones contra la competencia intramarca. Por su relevancia, este caso será analizado ampliamente en el siguiente apartado. También se considerará por separado el caso de Piedra Partida, que además de ser interesante desde el punto de vista de la defensa de la competencia, constituye el primer antecedente en el que se utilizó el procedimiento de allanamientos.

Del mismo modo, el CADE ha analizado desde el punto de vista anticompetitivo prácticas exclusorias que apuntaban directamente a los competidores horizontales (Iguatemi Shopping Center, 2004; White Martins Corporation and Ultrafertil, en el sector de fertilizantes, 2002 entre otros).

i) Caso Microsoft

En agosto de 2004 el CADE determinó que Microsoft restringía la distribución del *software* de su marca, así como la provisión de servicios conexos. La práctica anticompetitiva consistía en que Microsoft había creado un sistema de grandes revendedores (LAR) de sus productos para las ventas a clientes corporativos. De este modo, cada uno de los LAR estaba restringido a un área determinada, aunque para alguna de ellas podía existir más de un LAR, dependiendo de cuantos distribuidores cumplían en esa área con los requisitos definidos por la empresa para ser considerados LAR.

Por ejemplo, para el área del Distrito Federal de Brasilia existía una sola firma, TBA Informática, que cumplía con dichos requisitos. Microsoft había manifestado al gobierno federal que TBA era la única firma autorizada para vender el *software* de la empresa y los servicios conexos en la región, con lo cual los típicos procedimientos licitatorios para las compras gubernamentales eran en este caso dejados de lado en manos de TBA.

Cuando el CADE examinó los acuerdos entre TBA y Microsoft, definió como mercado de producto la venta o licencia de *software* y de servicios de computación asociados al gobierno federal, mientras que el mercado geográfico relevante era de carácter nacional. En este mercado, Microsoft tenía una participación dominante de 90%. A juicio del CADE, la práctica de Microsoft

de otorgar exclusividad a TBA era abusiva y, por ende, anticompetitiva. El efecto era que al eliminar la competencia entre empresas proveedoras de productos Microsoft en las licitaciones del gobierno federal, ello derivaba en una pérdida para los consumidores, las cuales no eran compensadas por ganancias de eficiencia generadas por competencia entre marcas, pues éstas no existían. De este modo, a los agentes oficiales encargados de hacer las compras gubernamentales se les restringía la posibilidad de elegir entre distintos proveedores, no sólo del producto sino también de los servicios de computación y asistencia asociados.

Microsoft argumentaba que estaba en su derecho de elegir integrarse con un distribuidor en particular y que, por ende, no era una práctica exclusoria. Sin embargo, el CADE consideró que el sistema establecido para las agencias federales consistía en la distribución a través de un intermediario, y no en la venta directa por parte de Microsoft. De este modo, el CADE estimó que cuando un monopolista vende sus productos por conducto de un único distribuidor, el efecto sobre la competencia de esta práctica es un aumento en el nivel de precios y, subsidiariamente, una caída en las cantidades ofrecidas, comparado con la situación en que el monopolista vende directamente al consumidor final.

Microsoft formuló dos explicaciones basadas en el argumento de eficiencia, las cuales fueron desestimadas por parte del CADE. La primera, que las restricciones territoriales eran un estímulo para que los revendedores invirtieran en el análisis y entendimiento de las necesidades de los clientes en esa área en particular, lo cual de verificarse mejoraría la eficiencia en el mercado y a los consumidores en general. El CADE rechazó este argumento por considerar que si bien TBA operaba en esa área, esta empresa era forzada a vender subproductos a las agencias federales de otros distritos. El segundo argumento esgrimido por Microsoft se refería a que la exclusividad incitaba al comportamiento *free riding* de los esfuerzos de *marketing* de otros revendedores. Nuevamente el CADE se opuso a este argumento, ya que quien solventaba los esfuerzos de marketing en todo Brasil era Microsoft y no TBA, quien sólo tendría incentivos a promocionar su propia marca si la tuviera. A ello se agregaba que Microsoft permitía que fueran múltiples LAR los encargados de operar en otras áreas. De este modo, el CADE concluyó que el verdadero objetivo de Microsoft era establecer un sistema de distribución con TBA como distribuidor exclusivo, sólo para evitar la competencia en las licitaciones de gobierno.

La visión negativa del CADE sobre las justificaciones de eficiencia se reforzó con el argumento de Microsoft de que la exclusividad de TBA no había sido deliberadamente intencionada, sino consecuencia natural de la aplicación neutral de las restricciones para ser LAR establecidos por Microsoft. Sin embargo, el CADE determinó que, por el contrario, Microsoft había definido los requisitos a fin de asegurarse que sólo TBA pudiera cumplir con ellos. Así, a juicio del CADE, si bien cualquier productor está en su libertad de determinar el sistema de distribución más adecuado y elegir sus distribuidores, ello no incluye la prerrogativa de hacerlo de un modo discriminatorio.

El CADE concluyó que la conducta desarrollada por Microsoft y TBA restringía la competencia y constituía un abuso de posición dominante, y también significaba un acuerdo anticompetitivo que buscaba procurar una situación artificialmente ventajosa en las licitaciones de compras federales. En consecuencia, Microsoft fue multada por un monto equivalente a 10% de los ingresos percibidos por el licenciamiento de los productos de dicha marca al gobierno federal, en tanto que TBA fue multada con 7% de los ingresos por productos Microsoft y servicios auxiliares que obtuviera del gobierno.

ii) Caso de productores de piedra picada

El caso es interesante de analizar, ya que implicó el primer allanamiento por parte de la autoridad de competencia, llevado a cabo por la SDE en julio de 2003. Éste consistió en un allanamiento a la Asociación de Industrias de Piedras Picada localizada en San Pablo, con el objetivo de reunir evidencia de colusión en el mercado de piedra picada, insumo esencial en la construcción civil.

En la conducta investigada participaron 21 empresas productoras, las cuales estaban nucleadas en esta asociación y en conjunto representaban 70% del mercado de producción de este insumo en San Pablo. La conducta anticompetitiva objeto de análisis consistía en un cártel que operaba desde hacía dos años.

A partir del material incautado en el procedimiento, la SDE inició un procedimiento administrativo para investigar los mecanismos de determinación de los precios en el mercado, segmentación, la existencia de restricciones a la producción y el proceso de subastas en las licitaciones públicas en las que participaban las empresas del mercado.

La investigación quedó concluida en noviembre de 2004, y la SDE encontró suficiente evidencia que respaldaba la existencia de un cártel anticompetitivo por parte de 18 de las 21 compañías en cuestión.

La evidencia utilizada para arribar a dicha conclusión se basó en que las compañías efectuaron, durante el período de referencia, las siguientes prácticas: 1) centralización de información sobre precios y ventas diarias; 2) reuniones para determinar las políticas del cártel; 3) reparto de mercados y de clientes, incluido el reparto de cuotas de mercado en licitaciones públicas; 4) establecimiento de multas para aquellos miembros que no cumplieran las decisiones del cártel, y 5) exigencia de un aporte de los ingresos por ventas cuando éstos provinieran de clientes asignados a alguna de las otras empresas de la asociación.

El CADE formuló su decisión en julio de 2005, coincidiendo plenamente con lo expresado por la SDE, de modo tal que encontró a las empresas acusadas responsables de la conducta, por lo cual impuso multas que oscilaban entre 15% y 20% de los ingresos brutos percibidos por éstas durante 2001, según el nivel de participación en el cartel.

b) Argentina

En esta sección se exponen los resultados de la actividad realizada por la CNDC, en su calidad de autoridad de aplicación de la ley N° 25156 de defensa de la competencia, y en virtud de la cual la Comisión ha evaluado denuncias y ha realizado investigaciones de oficio por presuntas violaciones a ella. La mencionada ley establece que están prohibidos y serán sancionados los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, o constituyan abuso de posición dominante en un mercado, y puedan resultar en perjuicio del interés económico general.

Una vez identificados algunos indicadores de la evolución del número de casos analizados, a continuación se detallarán tres de los casos más significativos en la labor de la agencia, los cuales resultan interesantes por el alcance de las decisiones tomadas por la CNDC y por el impacto que éstas tuvieron en los mercados en cuestión. Los tres casos implicaron multas importantes para las empresas denunciadas. En este marco, se enfocará una primera conducta desarrollada en el mercado de oxígeno líquido, interesante por los procedimientos utilizados para la recolección de la evidencia necesaria para sancionar la conducta anticompetitiva. En seguida se planteará el caso de yacimientos petrolíferos fiscales (YPF) en el mercado de gas licuado de petróleo (GLP), como un antecedente importante por su impacto y por el alcance de la multa aplicada a la principal productora de GLP. Finalmente, se comentará la conducta de cartelización de la industria de cemento Portland, vía la concertación de cuotas y el intercambio de información competitivamente sensible realizado por las principales empresas productoras en el mercado. Este caso es relevante

por la gravedad de la conducta sancionada, así como por su alcance, su prolongada duración (casi 20 años) y la sofisticación del acuerdo, entre otros aspectos.

Asimismo, resulta interesante analizar la experiencia de la CNDC en materia de formulación de recomendaciones procompetitivas en sectores particulares (generalmente solicitadas por los organismos reguladores), las cuales apuntan a corregir o introducir mayor competencia en los mercados. En este contexto, se considerará la recomendación sobre los cargos de terminación de telefonía móvil. Finalmente, se mencionará brevemente la investigación integral del mercado de gas licuado de petróleo, la cual abarcó todas las etapas de la cadena de comercialización, desde la producción hasta la entrega final del producto al consumidor nacional, así como la producción destinada a exportaciones.

i) Caso de oxígeno líquido

Este análisis surgió a partir de una investigación de oficio iniciada en 2005 a las empresas Praxair Argentina, S. A., Air Liquide Argentina, S. A., Messer Argentina, S. A. (adquirida por Air Liquide), AGA, S. A. e Indura Argentina, S. A. La conducta investigada corresponde a acciones concertadas entre 1997 y 2002 tendientes a repartirse clientes y fijar precios en el mercado de oxígeno medicinal líquido y mercado de oxígeno medicinal gaseoso. En ambos casos el alcance geográfico del mercado fue nacional.

La investigación de oficio fue ordenada por la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, ante la presunción de que podía estar funcionando un acuerdo colusivo entre las empresas proveedoras de oxígeno medicinal a hospitales y sanatorios, tanto públicos como privados.

Con respecto a las características del producto y del mercado, valga aclarar que el oxígeno medicinal puede adquirirse en estado líquido (tanques y termos) o gaseoso (tubos), y su provisión se adjudica por medio de procesos licitatorios o concursos de precios.

La CNDC consideró que el mercado de oxígeno líquido era altamente concentrado, y el acceso para nuevos oferentes chocaba con barreras de entrada significativas. Estas barreras provenían del cumplimiento de regulaciones específicas para ser proveedor, así como en las inversiones y *know-how* necesarios para ofrecer el producto. Las características mismas de su provisión consisten en la instalación de tanques criogénicos costosos, que deben ser sustituidos ante un cambio de proveedor, lo que dificulta la entrada de nuevos participantes.

En este sentido, se llevó a cabo una investigación, que incluyó pedidos de información a distintos nosocomios, la realización de audiencias testimoniales y allanamientos en oficinas de las firmas investigadas.

De la información solicitada a 63 establecimientos de salud, surgió la evidencia de que en 65% de los casos seguían teniendo el mismo proveedor a través de sucesivos contratos, mientras que sólo 23% había cambiado sus proveedores. Más aún, sólo un número reducido de firmas se presentaban a cotizar en las licitaciones (en licitaciones, el promedio era de dos oferentes, y en contrataciones directas hechas por hospitales públicos, de uno), lo cual aparentemente concordaba con la hipótesis de prácticas concertadas anticompetitivas.

En este contexto, de acuerdo con audiencias testimoniales realizadas con jefes o encargados de compras de hospitales y clínicas, existían mecanismos de simulación de la competencia entre las empresas investigadas, a fin de evitar la competencia con aquellas que ya se encontraban proveyendo el producto en un determinado nosocomio (las incumbentes). Se detectaron renuencias a cotizar, presentación de ofertas con errores formales o bien cotizaciones muy elevadas respecto del precio ofrecido por las incumbentes.

Pruebas de similar tenor en cuanto a simulación de la competencia se obtuvieron mediante los allanamientos realizados, según constaba en documentos como memorandos, correos electrónicos y notas internas. De esta misma documentación también se detectaron valiosos elementos probatorios que daban cuenta del reparto de clientes y los acuerdos de precios entre las firmas investigadas.

En síntesis, a partir de la evidencia obtenida mediante la investigación, pudo establecerse que en forma sistemática las firmas proveedoras de oxígeno medicinal habían concertado sus posturas en los procesos de licitación o venta del producto a nosocomios públicos y privados. Durante el período 1997-2002 se repartieron clientes y se acordaron precios en los mercados de oxígeno líquido y gaseoso, con un alcance nacional.

En función de lo anterior, las sanciones aplicadas fueron: Praxair Argentina, S. A., 26.100.000 pesos (8.700.000 dólares); Air Liquide Argentina, S. A., 24.900.000 pesos (8.300.000 dólares); AGA, S. A., 14.200.000 pesos (4.733.333 dólares), e Indura Argentina, S. A., 5.100.000 pesos (1.700.000 dólares).

ii) Caso YPF

El procedimiento contra YPF se inició de oficio en el mes de agosto de 1997, como corolario de un estudio de mercado que indicaba la existencia de diversas irregularidades detectadas en las ventas de gas licuado de petróleo (GLP) a granel: 1) importantes incrementos experimentados en los precios de venta a los fraccionadores locales desde fines de 1992 a 1997, no originados en mayores costos de producción; 2) un contexto de cuasiestancamiento de la demanda interna; 3) importante aumento en la producción y en la exportación, y 4) existencia de una brecha creciente entre los precios de venta a fraccionadores locales y los precios de exportación.

La investigación de la CNDC se dirigió a comprobar la hipótesis de que YPF se estaba comportando como una empresa con posición dominante, que ejecutaba una política de restricción de la oferta interna para mantener alto el precio de venta a los fraccionadores locales, en comparación con los precios de exportación. La presunción era que si YPF, en lugar de destinar a la exportación un volumen importante de su producción, la destinara al mercado doméstico, los precios en este mercado deberían de haberse acercado a los precios de exportación.

Para analizar esta conducta se definió el mercado relevante como el de la comercialización doméstica de GLP a granel, y se incluyó tanto la demanda del sector petroquímico como la demanda de los fraccionadores locales. La oferta estaba constituida por todas las empresas locales productoras de GLP. Se sostuvo, asimismo, que la cobertura geográfica del mercado relevante era de alcance nacional.

Para definir la dimensión del mercado del producto se tuvieron en cuenta tanto los factores de sustitución desde la demanda como desde la oferta. Desde el punto de vista de la demanda, se sostuvo que ni el sector petroquímico ni el sector de los fraccionadores locales (demanda como combustible) contaba con la posibilidad efectiva de reemplazar el GLP por otro producto. En el caso del sector petroquímico, la conclusión fue que el GLP satisfacía necesidades específicas de su proceso productivo. Por otra parte, se consideró que el GLP a granel no presentaba posibilidades de sustitución desde la oferta, por los elevados tiempos, costos, riesgos financieros y crediticios, asociados a la inversión de un posible nuevo competidor.

Con relación a la extensión del mercado geográfico, se indicó que un mercado geográfico puede tener alcance regional, nacional o internacional. La prueba mostraba que para el caso de Argentina no era correcto asignar al mercado de GLP un alcance internacional. Los costos de importar GLP al país eran elevados con respecto a su precio; del mismo modo, la propia acción de YPF contribuía a mantener separados los mercados interno y externo. Efectivamente, en sus contratos de exportación de GLP dicha empresa incluía cláusulas que prohibían el reingreso del producto al país.

Para establecer la posición dominante de YPF, la CNDC tuvo en cuenta una serie de circunstancias relativas a dicha empresa: su participación en la producción y su presencia geográfica en todo el territorio nacional, su capacidad de almacenaje y el control de los ductos para el transporte del GLP, así como el papel de los competidores, la formación de los precios de venta al sector fraccionador, la integración vertical de dicha empresa, la no desafiabilidad (conocido como *contestability* en inglés) del mercado de GLP a granel y la ausencia de un papel disciplinador por parte de las importaciones.

La imputación de abuso de posición dominante que la CNDC le aplicó a YPF fue básicamente por haber implementado una política comercial consistente en desviar una porción significativa de su producción hacia la exportación (al prohibir que ésta fuera reingresada), a fin de mantener relativamente altos los precios domésticos, en comparación con los de exportación.

En dicho esquema se conjugaron varios factores, todos ellos interrelacionados: el desvío masivo de su producción de GLP hacia la exportación, el aumento de los precios domésticos, la existencia de discriminación de precios entre ventas al mercado doméstico y ventas al mercado externo, y la existencia de cláusulas contractuales de no reingreso del producto exportado.

Es importante subrayar que el dictamen de la CNDC marcó una explícita correlación entre el del interés económico general y el concepto de excedente total de los agentes económicos, o eficiencia económica. Si bien la conducta abusiva tuvo lugar en el mercado mayorista (a granel) de GLP, y más específicamente en el mercado de venta a fraccionadores locales, la CNDC situó el daño al interés económico general en la etapa siguiente de la cadena de comercialización de dicho producto, esto es, el de la venta al consumidor final.

Como la demanda de los fraccionadores resulta de la demanda de los consumidores finales de GLP, se entendió que eran estos últimos los perjudicados por la conducta imputada. Si no se hubiera producido el abuso de posición dominante por parte de YPF en el mercado de venta a granel a los fraccionadores locales, el precio de venta al público de las garrafas o cilindros con GLP habría sido menor (la oferta habría sido mayor). En consecuencia, la cantidad demandada por los consumidores finales habría sido mayor, todo lo cual habría derivado en un mayor bienestar económico de la sociedad.

La conducta de YPF produjo, por tanto, dos consecuencias previsibles en el mercado doméstico. La primera fue el consumo de una menor cantidad de toneladas de GLP de las que se hubieran consumido en condiciones de un mercado competitivo, y la segunda, que el precio interno del GLP aumentó a causa de que el combustible se tornó más escaso. Ello significó que las unidades que se siguieron consumiendo en el mercado interno se cotizaron a un precio mayor, razón por la cual se produjo una significativa transferencia monetaria, de los consumidores hacia los productores. Además, al ser en general afectados los grupos de la población de bajos ingresos residentes en las zonas del país donde no llegan las redes de gas natural, se justificó la elevación del monto de la multa en 20% por encima del beneficio ilícitamente obtenido por la empresa sancionada.¹³

La multa aplicada no tuvo como referencia el perjuicio al interés económico general sino el beneficio ilícitamente obtenido por YPF a partir de su conducta abusiva. El beneficio ilícito total por el período investigado se estimó en 91.370.000 pesos (aproximadamente el mismo valor en dólares estadounidenses en ese momento, equivalentes a 30.456.666 dólares a valor actual). Con el aumento de 20% por encima del beneficio ilícitamente obtenido, el monto de la multa quedó establecido en 109.644.000 pesos (aproximadamente 36.500.000 dólares).

¹³ El artículo 26°, inciso c), de la Ley 22262, permite elevar el monto de la multa aplicada hasta un 20% por encima del beneficio ilícitamente obtenido.

Además de la multa, la CNDC aconsejó al Secretario ordenar a YPF lo siguiente:

1) El cese inmediato de la discriminación de precios entre ventas destinadas al mercado interno y ventas al mercado doméstico.

2) Eliminar de los contratos de exportación que estuvieran en vigencia o en curso de ejecución, así como de los que celebrara o renovara a partir de esa fecha, cualquier tipo de cláusula prohibitiva o restrictiva de la importación al país del GLP exportado. Además, YPF debía comunicar a sus compradores la eliminación de tales cláusulas en todos los contratos de exportación vigentes o en curso de ejecución.

3) Insertar en forma expresa, en las cláusulas de DESTINO de los contratos de exportación que celebrara o renovara a partir de esa fecha, una cláusula manifestando que la reimportación a la Argentina del producto exportado no se encontraba prohibida o restringida en forma alguna. Asimismo, debía abstenerse de cualquier curso de acción u omisión tendiente a neutralizar dicha cláusula.

4) Suministrar a la CNDC, cada 90 días, las condiciones para que cualquier interesado en importar GLP al país utilizara sus instalaciones portuarias. La información aportada debía incluir la tarifa, por tonelada de GLP, para la utilización de los puertos de la empresa por la importación del producto, así como la descomposición de dicho monto en tarifas por concepto de recepción, almacenaje, despacho y cualquier otro elemento incluido dentro de la tarifa total.

5) Suministrar a la CNDC cada 90 días, información referente a: a) condiciones de los contratos de exportación celebrados o renovados durante los últimos 90 días, indicando sus plazos de duración, las plantas desde las cuales se habrían de realizar las exportaciones y el correspondiente destino, así como los precios y las fórmulas de ajuste acordados, los máximos diarios, anuales y el total de las cantidades de GLP a ser exportadas y las condiciones de entrega de éstas, y b) condiciones de las ventas de GLP efectuadas al mercado interno durante los últimos 90 días, estableciendo sus plazos, las plantas desde las cuales se habían efectuado las ventas, los respectivos compradores, los precios y las fórmulas de ajuste acordados, los máximos diarios, anuales y el total de cantidades de GLP a ser vendidas y las condiciones de entrega.

La CNDC aconsejó también iniciar una investigación sobre el accionar de YPF con posterioridad a octubre de 1997 y hasta marzo de 1999, a efectos de determinar si la conducta anticompetitiva que la empresa llevó a cabo entre 1993 y octubre de 1997 prosiguió más allá del alcance de la investigación. También ordenó continuar analizando los expedientes relacionados con la imputación de abuso de posición dominante, consistente en discriminación de precios entre YPF GAS y los demás fraccionadores locales de GLP.

iii) Caso Loma Negra-Minetti y otras, cemento Pórtland

Se investigó la conducta, ya que se tenía presunción de cartelización de la industria mediante la concertación de cuotas y del intercambio de información competitivamente sensible por parte de las principales empresas del mercado. Este caso se circunscribió al mercado nacional de cemento Portland durante el período comprendido entre 1981 y 1999.

Las empresas investigadas fueron las siguientes: Loma Negra, Juan Minetti (en calidad propia y además como sucesora de Corcemar), Cementos Avellaneda, Cemento San Martín y Asociación de Fabricantes de Cementos Portland (AFCP). Como resultado de la investigación, se determinó que existía suficiente evidencia para sancionar a las empresas denunciadas. Las conductas sancionadas fueron las siguientes:

- 1) Concertación de cuotas y participaciones a escala nacional en el mercado de cemento Portland, monitoreado a través de AFCP.
- 2) Acuerdo de precios y demás condiciones comerciales en ciertas zonas y localidades del país.
- 3) Acuerdo para intercambiar información competitivamente sensible referida al mercado del cemento Portland, instrumentado a través del sistema estadístico de la AFCP.

La concertación de cuotas y participaciones de mercado realizada por las empresas cementeras imputadas y por la AFCP consistió en una conducta anticompetitiva que distorsionó, restringió y limitó la competencia, con el consiguiente perjuicio al interés económico general.

La implementación de un sistema de intercambio de información competitivamente sensible por conducto de la AFCP, diseñado y perfeccionado a lo largo del tiempo por la misma AFCP y las empresas imputadas, alimentado con información de los despachos y producción de estas últimas, en un nivel de detalle que resultaba desproporcionado a los fines meramente estadísticos, y con el acceso recíproco a información de las otras empresas, fue un instrumento clave que permitió a las empresas imputadas llevar adelante la concertación denunciada en estas actuaciones, con el consiguiente perjuicio al interés económico general.

A juicio de la CNDC, el diseño y perfeccionamiento del mencionado sistema informativo ponía de manifiesto, con alto grado de detalle, la existencia de un mecanismo que hacía más factible la coordinación de las empresas en el mercado. Este mecanismo facilitaba acuerdos tácitos entre las empresas cementeras y, por ende, distorsionaba la competencia, al transparentar información competitivamente sensible. Las empresas se convertían en entes más interdependientes a la hora de llevar adelante sus estrategias comerciales, con potencialidad suficiente para ocasionar un perjuicio al interés económico general.

En función de todo lo anterior, la CNDC determinó que las empresas denunciadas debían ser multadas, y elevar la multa hasta el importe del beneficio ilícitamente obtenido por las empresas infractoras (20% sobre el valor de ésta).

Para la determinación del beneficio ilícitamente obtenido por las empresas cementeras, por medio de las conductas anticompetitivas imputadas, se consideró el monto total transferido por los consumidores a las mencionadas empresas, como una consecuencia de las conductas anticompetitivas o, en otras palabras, los ingresos adicionales que obtuvieron las empresas cementeras infractoras, como resultado de las conductas anticompetitivas en las que incurrieron.

En este contexto, la autoridad de competencia determinó que el perjuicio al interés económico general generado a partir de la conducta bajo análisis podría descomponerse en dos partes. Una representada por el bienestar económico del que se privan aquellos consumidores que desistieron de adquirir el producto a raíz de la alteración en el precio. Esta porción del perjuicio al interés económico general no quedó en manos de las empresas cementeras infractoras. El otro componente del perjuicio al interés económico general consistía en el monto transferido por los consumidores que adquirieron el producto a pesar de tener precios artificialmente altos, y constituyó el beneficio ilícitamente obtenido.

La justificación para elevar la multa en el presente caso se basó en las siguientes consideraciones:

- 1) Disuadir a las empresas para suspender las conductas anticompetitivas, ya que aún teniendo en cuenta la aplicación de dicha sanción y en caso de resultar el monto de ésta inferior al beneficio obtenido por la acción anticompetitiva, tal conducta resultaría económicamente rentable. De hecho, este argumento fue seguido en el caso contra YPF por conductas anticompetitivas en el mercado de GLP a granel (ya comentado).

2) Las concertaciones o acuerdos horizontales entre competidores son las conductas que violan directamente el régimen de defensa de la competencia.

3) Las empresas cementeras y la AFCP se condujeron de forma consciente y sistemática, y el sistema estadístico de la mencionada asociación se convirtió en un mecanismo crecientemente sofisticado para el control y soporte de la concertación de cuotas y participaciones de mercado.

4) Las empresas cementeras infractoras han emprendido acciones punitivas hacia otras empresas del mercado que pertenecían a la asociación.

5) Las empresas conocían perfectamente la ilegalidad del conjunto de acciones que conformaron las conductas anticompetitivas concertadas; por ejemplo, dieron trato confidencial y restringido a la documentación e información competitivamente sensible que producía el sistema estadístico de la AFCP.

6) La importancia del producto involucrado como insumo en la industria de la construcción, la extensión del mercado geográfico abarcado —todo el ámbito nacional— y la duración del período investigado —prácticamente 20 años—, dan cuenta de la magnitud del comercio afectado por las conductas anticompetitivas.

De este modo, la CNDC determinó las siguientes multas, las cuales incluyen el beneficio ilícitamente obtenido: Loma Negra, 138.700.000 pesos (46.233.333 dólares); Minetti, 100.100.000 pesos (33.366.667 dólares); Cementos Avellaneda, 34.600.000 pesos (11.533.333 dólares); Petroquímica Comodoro Rivadavia, 7.300.000 pesos (2.433.333 dólares).

3. Abogacía de la competencia y recomendaciones regulatorias

a) Brasil

La función de abogacía de la competencia de Brasil puede analizarse desde dos dimensiones. La primera se refiere al papel de asesoramiento que las distintas instituciones desempeñan, en atención al gobierno y a las agencias regulatorias en el diseño e implementación de la legislación y las regulaciones vinculadas con los temas de competencia. La segunda dimensión tiene que ver con el fomento de la capacitación y la creación de una conciencia colectiva en el conjunto de la sociedad, acerca de la importancia y alcance de la política de competencia.

A continuación se expondrá con más detalle la implicación de estas dos dimensiones de la abogacía de la competencia y la forma en que se traducen en distintas actividades que las agencias de competencia han desarrollado en los últimos años en Brasil.

En cuanto a la primera de las dimensiones, una función importante es evitar que los programas de gobierno y políticas regulatorias incurran en fallas que atenten contra la libre competencia. El objetivo entonces es promover la competencia, contribuyendo a la eficiencia en la asignación de recursos. Para citar un ejemplo, en 2003, ante la creciente preocupación por parte del gobierno federal sobre el aumento de los precios de GLP, combustible sensible para la población, la SEAE y la SDE desarrollaron una propuesta de modificación a la regulación vigente, tendiente a contener el alza en los precios. Ejemplos similares pueden encontrarse en los sectores de petróleo o en las modificaciones que se propusieron al marco regulatorio de actividades del cine (transformar el Instituto del Cine en Agencia Nacional del Cine encargada del diseño regulatorio de productos audiovisuales, a fin de conservar la competencia en este mercado).

Un segundo grupo de actividades se refiere a la introducción de mejoras en los programas de gobierno que afectan operaciones de mercado. Un ejemplo en este sentido es el caso de las propuestas de reformas elaboradas por la SEAE para mejorar los procedimientos de registro de pesticidas, a efecto de acelerar los trámites para tener una mayor disponibilidad de pesticidas genéricos en el mercado.

En tercer lugar, asistir en el diseño y mejora de los marcos regulatorios existentes, lo cual abarca analizar y proponer reglas a favor de la libre competencia, publicar estudios en materia de competencia sobre sectores específicos e invitar a los miembros y funcionarios de las agencias regulatorias a participar en seminarios y otras discusiones. Con respecto al papel de las agencias de competencia en el fomento de la política de competencia en sectores específicos, se debe recordar que el énfasis depende del sector considerado.

Por ejemplo, en el caso de petróleo, GLP y gas natural, una actividad desarrollada fue una conferencia internacional sobre el *interface* entre la competencia y la regulación, auspiciada por la OCDE en 2003. Esto sugiere que la vinculación con este sector dista de ser fluida. Fue necesario organizar especialmente una conferencia, con la intervención de un organismo internacional, para establecer la comunicación entre reguladores y agencia de competencia. Similar juicio merece la relación con ANATEL, la agencia encargada de aplicar el marco regulatorio en el sector de telecomunicaciones.

Por su parte, en cuanto al sector eléctrico, la SEAE asistió al Ministerio de Minas y Energía en el desarrollo de reglas pro competitivas para las subastas entre empresas generadoras de electricidad. En este caso, el objetivo era evitar el comportamiento estratégico por parte de las empresas en estos procedimientos, así como estimar la demanda de los distribuidores de esta energía.

En cambio, si bien en numerosas oportunidades la SEAE intentó participar y recomendar acciones tendientes a mejorar el esquema regulatorio en el mercado de aerolíneas, el ente regulador del sector (DAC) se mostró reticente, o bien se negó a incluir y/o considerar las propuestas de reforma elaboradas por la SEAE con el objetivo de introducir mayor competencia en el mercado.

Relacionado con lo anterior, cabe señalar que miembros de la SEAE participan en consejos consultivos, comisiones y agrupaciones, cuyo objetivo es asistir en la introducción de mejoras pro competitivas en mercados, regulaciones sectoriales y/o normativas. Ejemplos de ello son su participación en la definición de normas en el sistema financiero, los puertos marítimos y la cámara de regulación del mercado de medicamentos. Asimismo, la SEAE participa en la determinación de mecanismos de *price caps* en sectores regulados.

En cuarto lugar, las agencias de competencia tienen un papel en los procesos de privatización. Básicamente este papel puede ser desempeñado en dos contextos:

i) En la instancia de planeamiento de la operación, donde se desarrollan los procedimientos de venta y se estructuran los paquetes de activos. Así, la autoridad de competencia puede propiciar reglas de subasta pro competitivas y desincentivar la creación de monopolios.

ii) En el momento de la venta misma, donde interviene como autoridad de aplicación de la ley de competencia, a fin de evitar adquisiciones que atenten contra la competencia.

El quinto tipo de actividad de abogacía que desarrollan las autoridades de competencia tiene que ver con propuestas de modificación de regulaciones aplicadas por los gobiernos provinciales o municipales con potestad para regular determinadas actividades.

Una sexta forma de abogacía de la competencia consiste en el estudio de la dinámica competitiva en mercados individuales y la publicación de informes que resumen los estudios

realizados. En línea con ello, se capacitan y se organizan seminarios dirigidos a otras agencias de gobierno.

La segunda dimensión comentada, relevante para analizar la función de abogacía de la competencia en Brasil, se relaciona con la creación de una conciencia colectiva en el conjunto de la sociedad acerca de la importancia y el alcance de la política de competencia. En este sentido, cabe mencionar las siguientes actividades:

i) Tanto el CADE como la SEAE han organizado en los últimos cinco años distintos eventos y seminarios dirigidos a la comunidad financiera y empresaria, con el fin de que se cree conciencia y se capacite a los empresarios sobre la importancia y el alcance de la política de competencia. En la mayoría de los casos la atención se ha centrado en las cámaras empresarias y asociaciones profesionales y comerciales que reúnen a dichos grupos.

ii) Difusión de la labor de los organismos a través de sus páginas *web*.

iii) Organización de seminarios para otras agencias de gobierno.

iv) Promoción de la educación académica de la ley de competencia.

v) Con respecto a la relación con los medios, cada una de las agencias cuenta con un asesor de comunicaciones encargado de la difusión de los principales eventos y casos en materia de competencia, con énfasis en la transparencia de los procedimientos en la aplicación de la ley, sin descuidar con ello el principio de confidencialidad.

b) Argentina

i) Recomendaciones pro competitivas en el mercado; cargos de terminación en las llamadas de teléfonos móviles (*calling party pays*)

En el año 2001 la CNDC emitió una recomendación sobre la regulación del precio de la terminación de llamada del servicio de telefonía móvil, formulada en el marco de la investigación realizada a raíz de una denuncia emitida por la asociación para la protección de consumidores del mercado común del sur (PROCONSUMER), y por la liga de acción del consumidor (ADELCO) contra las prestadoras de servicios de telefonía celular.¹⁴

La recomendación pro competitiva analizó la reglamentación del sistema conocido como “abonado llamante paga” (*calling party pays*, CPP). La autoridad de aplicación de dicha normativa era la Secretaría de Comunicaciones, la cual entre otras atribuciones se encargaba de la determinación de valores de referencia de CPP para los servicios de telefonía móvil. Los precios por minuto de comunicación no podían superar ese valor de referencia.

La CNDC determinó que el precio que establece la autoridad regulatoria es un valor máximo de referencia, y que las empresas pueden fijar valores menores si lo desean, pero éstos deben ser revisados periódicamente por la autoridad de aplicación.

El CPP es el pago que deben hacer los usuarios finales a los operadores móviles por concepto de uso de red, en contraposición a la normativa europea que lo concibe como un pago entre empresas. Cabe hacer notar que esta distinción tiene consecuencias directas sobre la competencia en este mercado. De este modo, el cargo por terminación se manifiesta como un componente directo del precio final que paga el usuario por el servicio de telecomunicaciones. En cambio, en el caso europeo, el cargo por terminación se materializa como un pago entre empresas, y por lo tanto se

¹⁴ A saber: Telecom Personal, S.A., Telefónica Comunicaciones Personales, S.A., CTI Compañía de Teléfonos del Interior, S.A., CTI Norte Compañía de Teléfonos del Interior, S.A., CTI PCS, S.A., Nextel Communications Argentina, S.A. y Compañía de Radiocomunicaciones Móviles, S.A., extendidas a las prestadoras históricas de telefonía básica: Telefónica de Argentina, S.A. y Telecom Argentina stet-france Telecom, S.A.

incorpora al costo de la empresa que debe pagarlo. Esta empresa traslada posteriormente ese costo al consumidor mediante del precio que cobra por sus servicios.

De este modo, la CNDC estableció que estas dos modalidades de pago del CPP presentaban consecuencias diferentes sobre los efectos de políticas pro competitivas o regulatorias. En la modalidad europea, cualquier política que modifique los cargos de terminación no tendrá efectos necesariamente sobre el bienestar de los consumidores, ya que modificar el valor del cargo de terminación incide en el costo de las empresas. De este modo, es necesario el efecto de la competencia para que, ante un menor costo, éste se traslade a los consumidores en forma de menores precios. En cambio, bajo la modalidad argentina, cualquier política que afecte el cargo de terminación impacta directamente en el precio final que deben abonar los usuarios. En virtud de lo anterior, la autoridad de competencia consideró necesario proponer modificaciones a la normativa vigente hasta ese momento, a fin de introducir más competencia y superar las deficiencias de la normativa vigente.

Para analizar el mercado y así formular la recomendación, la CNDC determinó que la definición de mercado relevante más adecuada era la de cargos de terminación de la red de destino, para la comunicación efectuada hacia un teléfono móvil, donde no hay sustitución posible con respecto a la persona a la que se está llamando.

Del mismo modo, se analizaron algunas particularidades de los cargos de terminación relevantes al momento de formular recomendaciones sobre el modo de establecer tarifas. Entre ellas se consideró:

1) Insuficiente información por parte del consumidor respecto de los cargos por terminación.

2) Externalidades negativas: la empresa que decide un aumento unilateral en los cargos de terminación genera una externalidad negativa sobre el resto de las empresas. Ante la incertidumbre por parte del consumidor respecto de la empresa que aumentó los precios, la causante del alza no internaliza todas las consecuencias de su acción; recibe todos los beneficios, pero reparte los costos. Si todas las empresas razonan de esta manera, resulta más probable un alza coordinada y, por ende, el cargo por terminación será más alto que el óptimo. Este resultado depende del número de participantes y del tamaño relativo de cada uno. Las empresas con menor tamaño relativo tienen más incentivos para subir los cargos de terminación.

3) Es notable la existencia de una asimetría en la información, que se verifica a partir de elementos como la multiplicidad de cargos y planes vigentes en la actualidad; la no uniformidad de los cargos de terminación, que dificulta la capacidad de los consumidores para detectar un cambio en su valor; la complejidad para calcular el precio de las comunicaciones y, en particular, el valor de los cargos de terminación por parte de los consumidores. Así, la elección del plan óptimo depende del patrón de consumo (aspecto que no todos los consumidores potenciales y efectivos se encuentran en condiciones de determinar claramente). A juicio de la CNDC, todo ello genera una falla de mercado que requiere de la intervención del Estado como órgano capaz de tomar las medidas tendientes a reducirla.

4) Portabilidad numérica, esto es, la posibilidad de que un usuario pueda cambiar de operador conservando su número. Ésta se define como un derecho del usuario y, aunque no está vigente, sí está prevista en la normativa. Esta portabilidad permitiría, en términos teóricos, que aumente el grado de respuesta de los consumidores ante cambios en los cargos.

A partir de todos estos elementos, la CNDC recomendó a la autoridad de aplicación de un esquema transitorio de regulación sobre los cargos de terminación de llamadas en teléfonos móviles.

Recomendó también la utilización de un precio uniforme independiente de la red de origen de la llamada. Ello solucionaría el problema de la asimetría de información que actualmente enfrentan los consumidores, junto con las externalidades negativas que han dado lugar a la presencia de conductas oportunistas por parte de las licenciatarias, como la fijación coordinada de un precio de la terminación de llamada en móviles, por encima del nivel competitivo.

Al mismo tiempo, la CNDC recomendó el precio uniforme para incentivar aún más la competencia entre las licenciatarias en el segmento de las llamadas salientes. Se sugirió que dicho precio uniforme para los cargos de terminación de llamadas en móviles debiera establecerlo la autoridad regulatoria a fin de converger en una regulación análoga a la vigente en materia de interconexión. Sin perjuicio de ello, durante la transición se podría regular con base en un precio tope determinado.

Asimismo, la CNDC indicó que no resultaría conveniente introducir precios de referencia en esta estructura de mercado. Aconsejó también no invitar a los operadores del mercado a sugerir en forma conjunta ni precios de referencia ni precios tope, en vista de los incentivos presentes en el mercado para actuar en forma oportunista.

Finalmente, la CNDC recomendó acelerar el proceso de implementación de la portabilidad numérica, ya que ésta, en un contexto de precios uniformes en los cargos de terminación, potencia el impacto pro competitivo en el segmento de llamadas salientes.

ii) Estudio integral del mercado del GLP: producción, fraccionamiento y distribución de GLP

La CNDC inició, en 2004, una investigación integral del mercado de gas licuado de petróleo en todas las etapas, desde la producción hasta la comercialización final del producto en el mercado interno, así como la producción destinada a la exportación. El caso de YPF previamente comentado representó uno de los antecedentes más importantes, entre los que condujeron a la CNDC a continuar con el monitoreo de este mercado. Sin perjuicio de ello, la CNDC tenía y aún mantiene una importante cantidad de denuncias y casos bajo investigación a fin de determinar en forma integral las condiciones de mercado en cada una de las etapas de la cadena de este producto.

El análisis económico partió de una descripción general del contexto internacional, en el que se enmarca la producción y demanda mundial de GLP. Por otra parte, la descripción de las condiciones vigentes del mercado interno requirió de una exhaustiva investigación de los diversos destinos que el GLP tiene en el país, así como de la estructura de la oferta y las características de las empresas que la conforman y los distintos tipos de demandantes, especialmente fraccionadoras y distribuidores, de acuerdo con las etapas de comercialización del producto GLP envasado. También se tomó en cuenta cómo estos sectores han evolucionado en el tiempo desde que se difundió la utilización del GLP como una importante fuente energética para consumo domiciliario.

Así, se analizó el funcionamiento de los tres segmentos en que se divide este sector: producción, fraccionamiento y distribución, y la forma en que se establece el precio al consumidor. Las principales conclusiones a las que se ha arribado se detallan a continuación:

1) El mercado de producción de GLP a granel es un mercado altamente concentrado, no sólo en términos de las participaciones individuales de cada empresa, sino también con relación al número de productores que efectivamente abastecen a fraccionadores y a las relaciones accionarias que se presentan entre ellos.

2) La etapa de fraccionamiento, por su parte, presenta características de un mercado relativamente más desconcentrado, aunque la principal fraccionadora a nivel nacional, REPSOL YPF GAS, S.A., tiene el problema de que está integrada verticalmente con la principal empresa productora de GLP, YPF S.A. Es por ello que, si bien participan en el mercado alrededor de 49 firmas fraccionadoras, la posibilidad de crecimiento de estas empresas se encuentra limitada por la cantidad de GLP a granel que pueden adquirir.

3) La última etapa corresponde a la distribución del GLP en garrafas y cilindros, y presenta un grado de atomización importante por el lado de la oferta. En general, coexisten en este sector distribuidores exclusivos e independientes o subdistribuidores. Estos últimos adquieren el producto a empresas fraccionadoras más pequeñas o a los distribuidores exclusivos de las empresas grandes.

4) No se detectaron motivos de preocupación desde el punto de vista de la defensa de la competencia, en tanto se preserven las condiciones de competencia en el mercado fraccionador.

5) Por último, en materia del comportamiento de los precios del GLP, en la medida en que se trata de mercados desregulados, era de esperarse que las empresas productoras buscasen equiparar los valores del mercado interno con los de exportación. Los alcances distributivos de este comportamiento exceden el ámbito de aplicación de la legislación de competencia y deberían ser motivo de revisión a la luz de otras políticas públicas del Estado.

III. Relaciones entre organismos reguladores y la Agencia de Defensa de la Competencia

1. Relaciones entre la agencia de la competencia y los organismos reguladores

a) Brasil

La ley de competencia (N° 8884) se aplica a los individuos, empresas públicas y privadas, asociaciones individuales y corporativas. De esta manera, la interpretación de los organismos encargados de la política de competencia es que la ley se aplica tanto a los gobiernos federales como a sus agencias. Hasta ahora no se ha presentado una oportunidad para probar la supremacía de la agencia de competencia, ya que ésta ha interactuado con los gobiernos estatales sólo para resolver temas relacionados con abogacía de la competencia.

Las empresas comerciales controladas por el gobierno estatal quedan claramente cubiertas por la autoridad del CADE. De hecho, este organismo ha participado en varios casos y fusiones donde se encontraba involucrada Petrobras, la compañía nacional de hidrocarburos.

Asimismo, como la ley se aplica a todas las empresas privadas, se encuentran comprendidas las empresas reguladas. Como se verá más adelante, la única excepción se presenta con el sector bancario. El CADE evita los conflictos con agencias reguladoras, por lo que, si bien revisa fusiones y trata los casos de conductas horizontales entre competidores, no persigue a las empresas reguladas por conductas unilaterales de aumento de precios.

En general, los marcos regulatorios establecen algunos principios sobre competencia, pero de carácter más sectorial que la ley 8884. Los únicos marcos regulatorios que expresamente se refieren a la ley de competencia son los de hidrocarburos y de telecomunicaciones.

La ley de hidrocarburos (1997) exige que el organismo regulador, la Agencia Nacional de Petróleo (regula gas y combustibles), notifique tanto al CADE como a la SDE si observa conductas violatorias a la ley de defensa de la competencia. Asimismo, se requiere que el CADE reporte a esta agencia reguladora las sanciones aplicadas a las empresas del sector.

En la actualidad la agencia reguladora monitorea los precios de combustibles e informa a la SDE las irregularidades que detecta. A pesar de que en 2002 se intentó formular acuerdos cooperativos entre el CADE y esta agencia, ninguno de ellos se concretó. Aunque la SDE consiguió lograr acuerdos con la agencia para la investigación de conductas anticompetitivas, no logró concretar acuerdos para actuar en conjunto.

En el sector del gas natural la jurisdicción federal es diferente al resto de los sectores, ya que se extiende al comercio interestatal. Los precios de transporte interestatales se encuentran desregulados desde 2002. Los estados controlan las empresas distribuidoras locales; algunos de ellos continúan prestando el servicio, mientras que otros lo han privatizado o han decidido concesionarlo. El CADE ha intervenido constantemente en este mercado en la revisión de acuerdos de concesión.

Un caso importante en el que intervino el CADE obedeció a una denuncia de abuso de posición dominante contra la empresa distribuidora de gas de Río de Janeiro. La distribución de gas de este estado fue privatizada en 1997, cuando se dividió la distribución entre dos empresas que actuaban en distintos mercados geográficos y se estableció una agencia reguladora. Al año siguiente las dos empresas incrementaron significativamente los precios, por encima de la tasa de inflación. Sin embargo, el CADE desestimó la denuncia, al citar la doctrina de “acción del estado”, que desplaza la autoridad *antitrust* en aquellos casos en que el Estado haya desarrollado acciones para mantener la competencia del mercado y regule activamente los precios. En este caso particular, el aumento de tarifas se encontraba por debajo de la tarifa máxima establecida por la agencia reguladora, por lo que no constituía una infracción desde el punto de vista de la regulación.

En el sector de telecomunicaciones, el marco regulatorio (1997) establece explícitamente la aplicación de la ley de competencia a las empresas y concede un papel específico a la agencia reguladora (Agencia Nacional de Telecomunicaciones) para hacer cumplir la ley. Este marco regulatorio otorga a la agencia reguladora la autoridad legal para controlar y prevenir cualquier alteración al orden económico en el sector de telecomunicaciones. La consecuencia es que las fusiones y conductas de este sector son analizadas por el CADE, por la agencia reguladora o por ambos. En la práctica, el CADE y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones han establecido un grupo de trabajo a fin de evitar la duplicación de funciones. En las fusiones del sector, la agencia reguladora asume el papel de la SDE y de la SEAE, ya que realiza la investigación técnica, mientras que el CADE toma la decisión final. En las conductas anticompetitivas, el regulador comparte esta jurisdicción con la SDE y la SEAE, por lo que uno de los tres organismos realiza la investigación y el CADE decide.

En los últimos años se han presentado numerosos casos de fusiones y conductas en los que ha participado la agencia reguladora. En 2001, el CADE resolvió una denuncia de abuso de posición dominante que se presentó contra el grupo Globo, el mayor grupo de televisión en directo de Brasil.

Este grupo controla al canal Globo, principal canal de Brasil, y a Sky TV, que representa la mayor empresa de televisión satelital de pago. El denunciante fue TVA Sistema de Televisão, dueño de la empresa satelital competidora Direct TV, quien denunció la negativa de la licencia del canal Globo a Direct TV. La agencia reguladora consideró que no existía abuso de posición dominante porque este canal no representaba una “facilidad esencial” para prestar el servicio de televisión de paga. El CADE estuvo de acuerdo con esta postura y desestimó el caso.

En algunas fusiones el CADE solicita opiniones técnicas complementarias a la SDE y a la SEAE, aunque la agencia reguladora tenga la jurisdicción. En 2002, la SEAE examinó otra transacción del grupo Globo, el cual, además de Sky TV, también es dueño de SporTV, el primer canal de paga de deportes de Brasil. Esta transacción consistía en la adquisición de 25% de ESPN Brasil, un canal de deportes competidor. En este caso, la SEAE concluyó que Globo tenía una posición monopolística en “canales *premium* de deporte” y una posición monopsónica en el mercado de transmisión de paga de eventos deportivos. Existían barreras a la entrada en los dos mercados, por lo que la SEAE recomendó imponer algunas restricciones para impedir el abuso de posición dominante de Globo: i) prohibir licencia exclusiva a Sky TV para la transmisión de eventos de deporte *Premium*, y ii) demandar los derechos exclusivos ya existentes de tales eventos. Este caso aún no estaba resuelto a mediados de 2006.

El sector bancario representa un caso especial en jurisdicción de la agencia de defensa de la competencia. El Banco Central de Brasil tiene la responsabilidad de supervisar las actividades de los bancos y otras instituciones financieras. Se aplican regulaciones “prudenciales” relacionadas con requerimientos de capital, inversiones, reservas, y contabilidad interna, entre otras, que requieren un conocimiento más especializado que el resto de los sectores de la economía. En 2001 la Oficina General del Fiscal Federal llegó a la conclusión de que la ley de bancos precede al lenguaje general de la ley 8884, y de esta forma sería el Banco Central el que tendría la jurisdicción sobre los bancos para cualquier propósito. Pero el CADE no concordó con esa posición y consideró que, por el contrario, al ser un organismo autónomo, debía aplicar la ley de competencia a todas las empresas comerciales. Dos cortes judiciales en primera instancia han opinado sobre cuál debe ser la institución que sancione las fusiones del sector bancario, una de ellas a favor de la jurisdicción del CADE y otra a favor del Banco Central. En ambos casos las apelaciones aún no han sido resueltas. En la actualidad el CADE y el Banco Central se encuentran negociando un acuerdo de cooperación y trabajo conjunto para la resolución de fusiones del sector.

En general, los procedimientos normales para hacer cumplir la ley 8884 se cuentan entre las tareas a cumplir por los organismos reguladores. Los reguladores de cada sector deberían supervisar constantemente la actividades de la industria y revisar el cumplimiento de la ley de competencia a nivel sectorial, es decir, informar sobre las violaciones detectadas y proveer al CADE con los reportes técnicos que les sean solicitados para hacer cumplir los condicionamientos que este organismo imponga. Por su parte, el CADE debe notificar a los reguladores las decisiones sobre conductas y fusiones en los sectores regulados, a fin de que el regulador pueda tomar medidas al respecto.

b) Argentina

La ley de defensa de la competencia 25156, de 1999, modificó las atribuciones de los entes reguladores en materia de competencia en mercados regulados. Con anterioridad, algunos entes reguladores tenían atribuciones en materia de defensa de la competencia concedidas por sus marcos regulatorios.

Sin embargo, la ley 25156 crea el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) como organismo autónomo, cuyo fin será aplicar y vigilar el cumplimiento de esta ley. En tanto no

se cree el tribunal, la CNDC es el organismo encargado de la aplicación de la ley, con la aprobación del Secretario de Coordinación Técnica.¹⁵

En el artículo 59 de esta ley se indica específicamente que “queda derogada toda atribución de competencia relacionada con el objeto finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales”. Es decir, que el TNDC, o en su lugar la CNDC, es el único organismo autorizado para resolver temas de competencia. En contraposición con Brasil, en Argentina se observa una mayor autoridad concedida al organismo *antitrust*, ya que si bien este organismo puede consultar a los entes reguladores para resolver algunos casos, la decisión final es suya.

En los casos en que se presenten operaciones de concentración económica que involucren actividades reguladas, la CNDC deberá requerir al organismo regulador pertinente un informe u opinión fundada sobre la operación, referida al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio. Esta opinión es considerada por la CNDC, aun cuando no tiene carácter vinculante.

La CNDC no ha atendido en todos los casos la opinión de los organismos reguladores, sino que ha emprendido investigaciones de mayor profundidad sobre las concentraciones, a causa de que las opiniones mencionadas no siempre han estado debidamente fundadas en razones de defensa de la competencia. A continuación se exponen dos casos de operaciones de concentración económica en mercados regulados, interesantes para ilustrar las diferentes formas de intervención en éstos.

Uno de los casos es la operación de concentración económica que se presentó en el mercado eléctrico a fines de 2000, entre las empresas AES y GENER. Ambas empresas eran importantes generadoras de electricidad en Argentina, y una de ellas, AES, participaba también en la distribución local de electricidad.

Se utilizó en una primera etapa una definición amplia del mercado relevante del producto, la generación y distribución eléctrica, con una evaluación de las participaciones relativas en el mercado nacional de generación de electricidad. La AES contaba con 9% de la potencia nacional instalada y GENER con 17%. Después de la fusión, la AES pasaría a tener 30% de la potencia instalada (incluida una nueva planta que estaba en construcción en esa época).

Sin embargo, la baja elasticidad precio, tanto de la demanda como de la oferta en los períodos de pico, hacía necesario considerar el factor temporal para medir la posibilidad de ejercicio de poder de mercado. Dado que la electricidad generada en períodos no pico no puede ser utilizada en períodos pico, no se presenta sustitución entre estos dos productos. Además, como los precios de la electricidad en el mercado mayorista argentino se establecen según el costo marginal de la última maquina que despacha, existía la posibilidad de que los oferentes del mercado dieran de baja maquinarias de menor costo a fin de lograr un incremento en los precios del mercado. Este efecto se lograría solamente cuando éstos contasen con suficiente participación en la capacidad instalada a nivel nacional.

Otro de los problemas que se presentan en el mercado argentino de electricidad está relacionado con las limitaciones de transporte hacia determinadas zonas geográficas, lo cual concede ventajas a empresas generadoras ubicadas cerca de esas zonas.

La comisión comprendió que, para caracterizar y cuantificar la estructura de un mercado complejo como el eléctrico, no bastaban los datos de los índices de concentración, sino que debían complementarse con simulaciones que permitieran inferir el comportamiento real del mercado. En ese sentido, se valió de un estudio realizado por el organismo encargado del despacho

¹⁵ En la actualidad, el Secretario de Coordinación Técnica es el encargado de tomar la decisión sobre los dictámenes realizados por la CNDC; con anterioridad esto era atribución del Secretario de Defensa de Competencia y del Consumidor. Este cambio de responsabilidades está relacionado con un cambio de estructura del Ministerio de Economía.

(CAMMESA), el cual concluyó que existía un alto perjuicio potencial al interés económico general, ya que en el caso de que la AES decidiera dar de baja máquinas, podía incrementar el precio medio en 19% en la zona norte (zona con restricciones de transporte) y en 17% el precio medio de mercado para 43% de las situaciones evaluadas.¹⁶

Así, se consideró fundamental el aporte del organismo regulador de despacho de electricidad. En el mismo sentido, el organismo regulador del mercado eléctrico (ENRE) manifestó que “las simulaciones de CAMMESA alertan acerca de que la posesión por parte de AES de una porción mayor del mercado que le permitiría realizar prácticas anticompetitivas”; esta opinión también fue atendida por la CNDC.¹⁷

Finalmente, la CNDC decidió que la aprobación de la operación debía subordinarse a la venta de las participaciones accionarias a terceros en dos importantes centrales de generación eléctrica.

En contraposición con el caso de AES-GENER en el mercado eléctrico, está el caso de AA2000 y LAPA, AA2000 es la empresa concesionaria de los 32 aeropuertos más importantes de Argentina, y LAPA era en el año 2000 una importante empresa de transporte aéreo, por lo que la operación resultaba en una integración vertical. En este caso, la CNDC no sólo decidió en contra de la opinión del organismo regulador, sino que también evaluó su poder para ejercer la regulación de tarifas. La operación de compra de LAPA por parte de AA2000 fue una de las operaciones no autorizadas por la CNDC que se concluyó en 2002. La evaluación negativa de los efectos de la integración vertical se basó en la existencia de incentivos que podía tener el operador aeroportuario integrado verticalmente a fin de trasladar su poder de mercado al mercado de transporte aéreo.

El grupo de aeropuertos explotado por AA2000 da servicio a 68% de las aeronaves de cabotaje y a 95% de las aeronaves de transporte internacional de pasajeros. No obstante, en Argentina, a causa del bajo nivel de tráfico, no existe más de un aeropuerto por ciudad, por lo que cada uno de ellos podría definirse como un monopolio natural. Además, la existencia de un contrato de concesión con carácter de exclusividad implica que AA2000 posee el total de participación en estos mercados.¹⁸

Los mercados de transporte aéreo se definen por ruta, considerando la baja sustitución entre éstas por el lado de la demanda. En términos generales, LAPA poseía una participación importante en el mercado nacional de transporte aéreo (alrededor de 40% en los años 2001 y 2002).

La CNDC consideró que la principal restricción para ingresar al mercado de transporte aéreo puede ser el acceso a la infraestructura aeroportuaria y que los aeropuertos son *essential facilities* para las compañías aéreas. Esto genera incentivos para desarrollar conductas exclusorias en el mercado de servicios de transporte aéreo, tales como negativa de venta, discriminación en el acceso a la infraestructura, discriminación de precios, discriminación en la calidad de los servicios, subsidios cruzados y transferencia de costos de los servicios de transporte aéreo a los servicios aeroportuarios.

En Argentina existe un organismo regulador de aeropuertos (ORSNA), cuya función es asegurar la igualdad, el libre acceso y la no discriminación en el uso de la infraestructura aeroportuaria. A pesar de ello, la CNDC interpretó que la regulación existente no era suficiente para contrarrestar prácticas anticompetitivas ejercidas por un operador aeroportuario integrado verticalmente. Por ello, la CNDC analizó la función y el accionar del organismo regulador en ese mercado y determinó que no se habían establecido criterios objetivos para la asignación de los espacios dentro de los aeropuertos, que existía discrecionalidad en la asignación de los espacios y

¹⁶ CNDC, Dictamen N° 272: AES – GENER (24/07/2001), N° de Carpeta: 244.

¹⁷ CNDC, Dictamen N° 272: AES – GENER (24/07/2001), N° de Carpeta: 244.

¹⁸ CNDC, Dictamen N° 323: LAPA, S.A., LAPA ESTUDIANTIL, S.A., FEXIS, S.A., AA2000, S.A., EDCADASSA (15/07/2002), N° de Carpeta: 335.

que las prácticas anticompetitivas podían adquirir formas de difícil monitoreo para el regulador. La CNDC concluyó que no se puede afirmar que las normas regulatorias son suficientes para reducir el riesgo de que un operador integrado verticalmente discrimine a las empresas de transporte aéreo competidoras.

Las tarifas de los servicios aeroportuarios se encontraban reguladas por el ORSNA, lo cual debería significar un freno a la posibilidad de discriminación de precios. En este caso, la posible conducta anticompetitiva era la de que una empresa integrada verticalmente introdujera subsidios cruzados entre mercados regulados (aeropuertos) y no regulados (transporte aéreo).

Por último, se destacó que el control del aeropuerto por parte de una aerolínea le otorgaba a ésta ventajas estratégicas por el posible acceso a información de sus competidores.

Con base en estos argumentos, la CNDC decidió que la operación notificada resultaría restrictiva para la competencia y recomendó no autorizar la concentración. Esta posición fue avalada por el Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor.

2. Disposiciones legales y colaboración entre los países del MERCOSUR.¹⁹ Colaboración entre organismos internacionales: OMC, OCDE, ALCA, ONU y las agencias de defensa de la competencia

La coordinación internacional en temas relacionados con la defensa de la competencia es relevante para países en desarrollo como Argentina y Brasil. El aporte de organismos internacionales relacionados con la capacitación del personal y consulta de casos resueltos en países con mayor experiencia *antitrust* es imprescindible para avanzar en el desarrollo de mercados más competitivos. Las agencias de defensa de la competencia de Argentina y Brasil realizan constantemente consultas sobre los casos resueltos en países de mayor experiencia, aunque no siempre se han logrado concretar compromisos formales de cooperación.

Además, resulta importante mantener relaciones estrechas entre países vecinos de la región. Varias operaciones de concentración económica se presentan en el ámbito internacional y afectan a más de un país de la región. Dada la presencia de algunas empresas, que excede los límites del territorio nacional, se destaca la importancia de analizar las conductas desarrolladas a nivel regional, como en la región del Mercosur. Sería deseable la constante comunicación entre las agencias antitrust, así como la colaboración en la resolución de casos, no sólo por el impacto nacional, sino también en el Mercosur.

Como se analizará en el siguiente apartado, si bien ha existido la intención de este tipo de acuerdos dentro del Mercosur, éstas no han podido concretarse formalmente para ser llevados a la práctica.

¹⁹ El Mercosur se define como una Unión Aduanera entre cuatro países miembros: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

a) Mercosur

En Argentina se ha formado el Comité Técnico N° 5 (CT5) de Defensa de la Competencia del Mercosur, coordinado técnicamente por la CNDC de ese país. Este comité depende de la Comisión de Comercio, integrada por cuerpos técnicos de los estados parte. Su principal función es diseñar los instrumentos normativos necesarios para la implementación del régimen de defensa de la competencia del Mercosur.

En 2002, el CT5 reglamentó el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur (también conocido como Protocolo de Fortaleza), firmado en 1996. Dicho reglamento fue aprobado por los órganos superiores del Mercosur en el segundo semestre de 2002; sin embargo, para que estos instrumentos entren en vigor, es necesaria la aprobación del congreso de cada país.

El objetivo del protocolo es asegurar la libre circulación de bienes, y la competencia entre los estados miembros para fortalecer la unión aduanera, así como establecer directivas que los orienten hacia la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR, a fin de “asegurar el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica”.

En forma análoga a las leyes de los diferentes países, el protocolo establece que constituyen una infracción por igual aquellos actos, individuales o concertados, que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado; que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR, y que afecten el comercio entre los estados miembros. De esta forma, se detalla una serie de conductas restrictivas para la competencia. Asimismo, se prevé que se regulen los contratos que puedan restringir la libre competencia o resultar en el dominio del mercado regional.

Las autoridades de aplicación de este protocolo son la Comisión de Comercio del Mercosur y el Comité de Defensa de la Competencia; este último será un organismo intergubernamental, conformado por las agencias *antitrust* de los países miembros.

Las investigaciones podrán ser iniciadas de oficio por alguno de los estados miembros o por terceros afectados. Las denuncias deberán ser presentadas ante el comité, que decide la apertura de la investigación correspondiente. El comité también podrá adoptar medidas preventivas, como ordenar el cese de conducta en caso de que lo estime pertinente, y aplicar multas en caso de incumplimiento.

Sin embargo, el organismo encargado de realizar la investigación, según las pautas del protocolo, es la agencia nacional del país donde se desarrolla la conducta anticompetitiva. El resto de las agencias de los estados parte podrán colaborar en la investigación. Las propuestas del Comité de defensa de la competencia relacionadas con la investigación de casos o aplicación de multas deberán ser siempre avaladas por la Comisión de Comercio del Mercosur.

Así, el organismo nacional elevará un informe al Comité de defensa de la competencia del Mercosur, el cual determinará la práctica infractora y establecerá las sanciones correspondientes. Si no se alcanzare el consenso, el caso se elevará a la Comisión de Comercio del Mercosur. En última instancia, podrá llevarse al Grupo de Mercado Común o se recurrirá directamente al procedimiento previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias.

En caso de violación a las normas establecidas por el protocolo, el Comité, con la aprobación de la Comisión de Comercio del Mercosur, podrá aplicar sanciones como: 1) multas basadas en la ganancia obtenida por la conducta anticompetitiva; 2) prohibir la participación en regímenes de compra pública de los estados parte por un plazo específico, y 3) prohibir la contratación con instituciones financieras públicas de los estados parte, también por un plazo a determinar.

Incluso se ha avanzado en el establecimiento de las multa a aplicar. El anexo al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur (1998) establece que las multas podrán ser hasta 150% del lucro obtenido por la infracción al protocolo; hasta 100% de los activos involucrados, o hasta 30% del valor de la facturación bruta de las empresas involucradas (artículo 1). En su artículo 2, este anexo establece que, en caso de incumplimiento de los compromisos u órdenes de cese, se podrá imponer una multa diaria de hasta 1% de la facturación.

Resulta interesante que el ámbito del enforcement en el caso del Comité de Defensa de la Competencia del Mercosur no se limita a la aplicación de multas y órdenes de cese de conducta, sino que también se puede castigar a las empresas impidiendo su participación en licitaciones públicas y el acceso al crédito público.

Puede observarse que existe un avance importante con respecto a la normativa a aplicar para la defensa de la competencia en el ámbito del Mercosur. Pero, como se anticipó, esta normativa no se encuentra vigente en la actualidad. Algunos de los obstáculos para la entrada en vigor del acuerdo provienen de la resistencia de las agencias antitrust nacionales, ante la pérdida de su propia autoridad a favor de la del ente regional, una vez que inicie su gestión. La entrada en vigencia de esta normativa posibilitaría la acción coordinada en aquellos casos de prácticas anticompetitivas que trascienden el territorio nacional, así como la investigación conjunta de dichos casos, lo que podría resultar en un ahorro de recursos para los países miembros del Mercosur. Estas ventajas podrían también obtenerlas los países centroamericanos, si decidiesen perseguir de manera coordinada y conjunta algunos casos con impacto regional. Esto sería beneficioso especialmente para los países con bajos recursos económicos y escaso personal especializado.

Sin embargo, otro impedimento para la entrada en vigor del protocolo es el escaso avance de la legislación de defensa de la competencia en Uruguay y Paraguay, así como la falta de independencia de las agencias antitrust en todos los estados parte, con excepción de Brasil. En Uruguay se aprobó recientemente la ley de defensa de la competencia (ley 17243-2000), mientras que Paraguay aún carece de ella. Estos dos países no cuentan con un amplio desarrollo de una política de defensa de la competencia. En Uruguay, el organismo encargado de aplicar la ley es la Dirección de Comercio, la cual depende del Ministerio de Economía. En el caso de Argentina, si bien existe un avance más importante en términos de legislación, así como la intención de crear un TNDC independiente, en la actualidad la agencia antitrust no es autónoma y depende también del Ministerio de Economía. Esta disparidad en la aplicación y conformación de las leyes nacionales, y las dificultades que ello crea para la implementación de políticas coordinadas en el MERCOSUR, puede ser un punto de referencia a considerar por otras agrupaciones regionales como la de Centroamérica.

No es creíble que se avanzará en ceder autoridad a los organismos del Mercosur sin que se amplíe previamente la independencia de las agencias nacionales. De todas formas, es importante que se logre al menos colaboración entre los estados parte del MERCOSUR para resolver casos o fusiones. En la actualidad, la normativa es más bien de intención que de práctica, ya que el protocolo firmado en 1996 todavía no entra en vigor.

b) Otros organismos internacionales: Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos, OCDE, UNTAC (Naciones Unidas), ALCA y Foros Internacionales

Las agencias de defensa de la competencia de Argentina y Brasil participan en varios acuerdos de colaboración con organismos internacionales con objeto de intercambiar información relevante, así como para capacitar a sus recursos humanos.

En el caso de Brasil, se han llegado a establecer acuerdos de cooperación internacional; en particular, a mediados de 2006 existían tres de tipo bilateral. Uno de ellos fue firmado en 1999, entre las agencias de defensa de la competencia de Brasil y Estados Unidos, representando a la Comisión Federal de Comercio (FTC) y al Departamento de Justicia (US DOJ), respectivamente.²⁰ Este acuerdo, ratificado por el Congreso Nacional de Brasil en 2003, establece: i) notificación de condicionamiento en uno de los países que afecte al otro; ii) intercambio de información; iii) coordinación de condicionamientos aplicables; iv) la opción de que uno de los países pida al otro que investigue determinados casos que lo afecten, y v) actividades de cooperación técnica. El segundo acuerdo bilateral se firmó en 2001 con la Federación de Rusia, e intenta ser similar al firmado con Estados Unidos; sin embargo, aún no ha sido ratificado por el congreso.

El tercer acuerdo bilateral (entre Brasil y Argentina en 2003) refleja un esfuerzo por avanzar en la coordinación de políticas de competencia en el ámbito del Mercosur. Sin embargo, en ninguno de los países este acuerdo cuenta con la ratificación del Congreso.

En 2001 inició una serie de intercambios de propuestas escritas entre la Unión Europea y el MERCOSUR, relativas al capítulo sobre políticas de competencia que formará parte del acuerdo birregional de integración comercial entre estos bloques. Por el momento, las agencias *antitrust* de Brasil y Argentina se limitan a participar en las reuniones técnicas para la elaboración de este documento.

Las agencias de competencia de Argentina forman parte de la delegación que ha negociado el capítulo sobre políticas de competencia del tratado del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), en el marco del denominado grupo de negociación sobre políticas de competencia (GNPC). El objetivo de dicho capítulo es asegurar que al acordarse los beneficios de la liberalización comercial, éstos no sean menoscabados por prácticas anticompetitivas ejecutadas por las empresas que operan en la región. En este caso, las delegaciones del Mercosur actúan coordinadamente, con posiciones previamente acordadas a nivel cuatripartito, sobre cada tema de negociación.

Las autoridades de competencia de Argentina y Brasil participan en varias organizaciones internacionales relacionadas con la defensa de la competencia. Se destaca el papel de observadores del Comité de Competencia de la OCDE, la Red Internacional de Competencia de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) y el Foro Iberoamericano de Competencia.

A partir de 1999, la OCDE y la agencia de Brasil han comenzado un proyecto de cooperación para que la primera colabore con el desarrollo de los anexos de la ley de defensa de la competencia de Brasil, mediante la participación de especialistas en seminarios en Brasil. Desde 2001, tanto el CADE como la SEAE tienen acceso a la base OLIS de la OCDE para la investigación técnica. La

²⁰ En 2001, los especialistas de la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos dictaron un seminario técnico en Argentina, dirigido a funcionarios de la CNDC sobre el control previo de fusiones y adquisiciones, a pesar de que no se había concretado acuerdo alguno formal de cooperación con este organismo.

relación de Argentina con la OCDE es menor, dado que este país se ha limitado a participar en los seminarios impartidos por el organismo.

La participación de Brasil en la Red Internacional de Competencia ha sido también importante; en 2003 el CADE ha podido ganar una posición en la coordinación de dos de sus grupos: el grupo de trabajo para la implementación de políticas de competencia (subgrupo 3) y el grupo de abogacía de la competencia en sectores regulados. Por su parte, la SDE también forma parte de la coordinación del subgrupo 1, que a su vez pertenece al grupo de trabajo de cárteles. La participación de Argentina es menor también en este caso, ya que se limita nuevamente a asistir a seminarios internacionales.

Representantes tanto de Argentina como de Brasil han participado en seminarios presentados por funcionarios de la UNCTAD, y en reuniones de Grupo de expertos gubernamentales sobre competencia de la sección de políticas de competencia y de defensa del consumidor. Se han organizado seminarios conjuntos tanto en Brasil (San Pablo, 2004) como en Argentina (Buenos Aires, 2002).

En resumen, puede observarse que, si bien Argentina y Brasil participan constantemente en seminarios y conferencias dictadas por organismos internacionales y en grupos de trabajo encargados de revisar los capítulos o documentos de competencia, se observa un mayor avance en el caso de Brasil, que ha llegado a firmar acuerdos bilaterales de cooperación. Como se ha mencionado, resulta relevante contar con el apoyo técnico de estos organismos de mayor experiencia para avanzar con el desarrollo de políticas de defensa de la competencia, en países en desarrollo como Argentina y Brasil. En este sentido, estos dos países han apoyado, con seminarios y reuniones de consulta, a los países de menor desarrollo de políticas *antitrust* del Mercosur: Uruguay y Paraguay.

IV. Conclusiones y recomendaciones para los países del Istmo Centroamericano

El presente trabajo se propuso como objetivo analizar la legislación en materia de defensa de la competencia y su aplicación en Argentina y Brasil desde la década de 1980, así como formular, a partir de la evaluación de dichas experiencias, algunas recomendaciones para los países centroamericanos, tendientes a mejorar su marco legal e institucional, y la aplicación de la legislación en materia de competencia.

Con miras a cumplir esa meta, se comenzará destacando algunos aspectos del marco legal e institucional de la competencia en el Istmo Centroamericano y México, relevantes para la formulación de las recomendaciones.

El primer elemento importante es que, en el grupo de países del Istmo Centroamericano (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) y México, el marco legal e institucional de la competencia no se desarrolló antes de mediados de los años noventa. Entre éstos, cabe mencionar los siguientes:

- 1) Aquellos que promulgaron leyes de competencia: Costa Rica, México y Panamá.
- 2) Aquellos que se encuentran en proceso de implementación de sus leyes de competencia: Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua.

Entre las causas que contribuyen a explicar el porqué de ese retardo, se cuentan, entre otras:

1) La creencia de que la desregulación y la liberalización comercial, de precios y de los capitales, iba a traer aparejada una mayor competencia entre los mercados.

2) Presiones políticas y económicas por parte de grupos influyentes, empresariales, sindicales y políticos, quienes veían a la política de competencia como una eventual amenaza a sus intereses y su posición de privilegio. Estos movimientos se dieron en un contexto de mercados concentrados, con estructuras administrativas y marcos legales insuficientemente desarrollados. A su vez, estos grupos tenían y tienen acceso al poder de *lobby*, con gran capacidad de negociación e injerencia en las decisiones políticas y económicas en cada uno de los países.

3) La falta de una cultura de competencia, propia de países pequeños y en desarrollo. De hecho, la resistencia de los distintos grupos llevó a los gobiernos a buscar consensos para la aprobación de las leyes, lo cual explica algunas de las limitaciones que presentan las leyes de competencia actuales (Rivera y Schatan, 2005).

Cabe señalar, asimismo, que muchos de estos elementos también han estado presentes y continúan estando en los casos de Argentina y Brasil, tal como se analizó oportunamente, pese a que estos países cuentan con marcos de competencia más desarrollados en términos relativos.

En este sentido, se debe subrayar que, si bien Argentina y Brasil son economías de mayor tamaño relativo, el contexto político, institucional y económico en el que se desenvuelven las políticas y, en particular las de competencia, comparten rasgos comunes con los países centroamericanos. De este modo, sin perjuicio de sus diferencias, las experiencias de Argentina y Brasil son enriquecedoras para estas economías.

A pesar de que los principios generales de competencia se mantienen, al considerar la situación de los países centroamericanos conviene además tomar en cuenta algunas de sus particularidades (Rivera y Schatan, 2005).

1) El escaso conocimiento del alcance y los beneficios de la ley de competencia por parte de los consumidores y de los productores. Ello requiere necesariamente un papel activo en materia de abogacía de la competencia, que permita resolver y reducir el desconocimiento generalizado de esta política en la ciudadanía en general.

2) La existencia de mercados concentrados, así como la concentración del poder político en pocas manos, lo cual lleva a que las autoridades de competencia queden sujetas a una fuerte presión externa que podría —y en realidad lo hace— limitar sus acciones, su capacidad de maniobra y disminuir la eficacia de sus decisiones. Para ello, resulta imprescindible dotar a la autoridad de aplicación de independencia, tanto del poder político como de los grupos económicos de *lobby*, así como asegurar la idoneidad profesional de los comisionados encargados de ejercer las funciones de autoridad de aplicación.

3) Precario sistema judicial. Ello reviste especial importancia, ya que la definitiva solución de los casos muchas veces rebasa el ámbito administrativo, y requiere la confirmación de las decisiones de la autoridad de competencia por parte de los jueces, los cuales deben estar debidamente capacitados para cumplir con tal función.

4) La necesidad de determinar un criterio adecuado para tratar las excepciones en las leyes de competencia, ampliamente diseminadas en los marcos de competencia de los países centroamericanos.

5) La escasez de recursos humanos y financieros para desarrollar la política de competencia.

Por tanto, las experiencias de Argentina y Brasil permitieron identificar las siguientes recomendaciones de política de competencia para los países del Istmo.

1) Alcance de la ley de competencia. Por la importancia de la política de competencia, es preferible que la autoridad encargada de aplicación de la ley esté especializada únicamente en la protección de la competencia, es decir, no debería abarcar aspectos como la protección del consumidor, la política *antidumping* y la política comercial, por citar algunos. Esta recomendación responde a que la autoridad de competencia necesita tener identidad propia y reconocimiento de sus funciones específicas por parte de la ciudadanía.

Lamentablemente esto no ocurre necesariamente en los países centroamericanos. Así, considérense los casos de Panamá, Nicaragua (anteproyecto de ley) y Costa Rica (Rivera y Schatan, 2005).

Por el contrario, en Argentina y Brasil las autoridades encargadas de aplicar la ley de competencia centralizan y se especializan en las funciones de defensa de la competencia. No obstante, tampoco se encuentran exentas de críticas.

En el caso de Brasil, la principal deficiencia reside en que en ese país existen tres agencias que en conjunto conforman el BCPS. En cambio, en el caso de Argentina existe una única agencia. Ello simplifica la estructura y elimina en gran medida el problema de la superposición de funciones. Sin embargo, si bien de acuerdo con la ley 25156 la autoridad de competencia en Argentina debiera ser el TNDC, en la actualidad es la CNDC la que desempeña tal función, por lo que no es posible materializar completamente los beneficios de autonomía que prevé la ley y que constituyen su espíritu.

2) Ámbito de aplicación de la ley. Un aspecto vinculado al alcance de la ley se relaciona con la necesidad de que el marco legal contemple la aplicación de la política de competencia de modo generalizado, esto es, que incluya sin excepción a todos los sectores de la economía, agentes públicos y privados.

En este sentido, en el Istmo Centroamericano abundan las excepciones a sus marcos legales.²¹

Si bien tampoco las experiencias de Argentina y Brasil se encuentran exentas de críticas en cuanto al alcance de la aplicación de la normativa, sí se advierte que los marcos legales derogan todas las atribuciones en materia de competencia vigentes en otras instituciones, y dotan a las respectivas autoridades de plena potestad en materia de competencia en todos los sectores de la economía

3) La agencia de competencia debe tener independencia e idoneidad. Si bien los países centroamericanos presentan marcadas diferencias respecto de las características de las agencias, a nivel internacional existe un relativo consenso sobre los aspectos deseables que debe cubrir una agencia de competencia para garantizar una adecuada aplicación del marco de competencia de modo eficiente y eficaz. Entre ellas destacan: a) que la entidad goce de debida autonomía frente al poder político y económico; b) que disponga de fuentes presupuestarias suficientes y estables, y c) que los funcionarios encargados de aplicar el marco normativo sean idóneos, cuyos nombramientos estén fundamentados en los criterios anteriores y por períodos determinados.

Con respecto a los países del Istmo Centroamericano, las experiencias en este sentido son variadas. En la mayoría de ellos las leyes han sido aprobadas y adscriben la autoridad de competencia al ministerio de economía. Algunas son desconcentradas (y por tanto dependientes económicamente del ministerio al que están adscritas), mientras que otras son descentralizadas, lo cual implica que cuentan con mayor autonomía y elaboran su propio presupuesto. Salvo una

²¹ Véase Rivera y Schatan (2005) para un análisis más detallado sobre las excepciones en los países centroamericanos.

excepción, todos los países concluyen la instancia administrativa, con decisiones sólo apelables ante la justicia. Con excepción de El Salvador, la mayoría de los países optan por la figura de la comisión, en lugar de una autoridad unipersonal, tal como ocurre en Argentina y Brasil.

Considérese ahora los casos de Argentina y Brasil. En cuanto a la necesaria independencia y autonomía, una de las principales debilidades que presenta Argentina responde a la interferencia del poder político en las decisiones de la agencia. Recuérdese que las decisiones de la CNDC no son vinculantes y deben ser elevadas al Secretario de Coordinación Técnica (dependiente del Ministerio de Economía de la Nación), quien las avala. Ello atenta contra la efectiva independencia del organismo, que forma parte del espíritu de la ley 25156, por medio de la instauración del TNDC independiente, no concretada aún.

Ello genera la necesidad de que se establezca el TNDC y se reorganice la división de tareas entre el poder político, en la figura de la secretaría, y la autoridad de aplicación de la ley de competencia, a fin de evitar un exceso de injerencia de la primera. Contrariamente, en el caso de Brasil, las decisiones del CADE agotan la instancia administrativa, razón por la cual éstas sólo pueden ser apeladas ante la justicia.

Un segundo aspecto a comentar, íntimamente relacionado con el de independencia y autonomía de las decisiones, se refiere al modo en que los miembros de los organismos son elegidos.

También en este aspecto la experiencia de los países centroamericanos es variada. En general, los distintos marcos presuponen normas tendientes a que los comisionados cuenten con idoneidad suficiente, conocimientos adecuados para llevar a cabo las funciones de autoridad de competencia, aunque de modo generalizado no se requiere la exclusividad en el cargo. El período de cumplimiento de los comisionados en el cargo, en ningún caso es inferior a cinco años, lo cual sugiere estabilidad, característica altamente deseable. En cuanto a los criterios de designación de los miembros, en general son elegidos por el poder ejecutivo, lo cual nuevamente cuestiona la efectiva independencia de las autoridades.

Por su parte, y tal como fuera mencionado en el presente documento, en Argentina la ley prevé que los miembros del TNDC cuenten con “suficientes antecedentes”, “idoneidad para ejercer el cargo” y “dedicación exclusiva”, además de ser designados por concurso público de antecedentes y con estabilidad en sus cargos (seis años). Sin embargo, lo cierto es que en la actualidad los miembros de la CNDC son nombrados por el ministro de economía. En cualquier caso, es recomendable introducir en los países que recién están creando la comisión de competencia una designación por méritos y estabilidad en el cargo público.

En Brasil los miembros de la comisión son designados por el presidente de la nación, de acuerdo con la cámara de senadores; es decir, sin concurso de antecedentes ni de idoneidad. La decisión política para solucionarlo reduce la independencia en las decisiones que los funcionarios tomen; además permanecen en sus funciones dos años, un tiempo demasiado corto para dar continuidad a una política de competencia sustentable.

4) Relación con los otros poderes del estado, poder judicial y reguladores. Iniciar un proceso exitoso de implementación de la política de competencia requiere que simultáneamente ésta se halle debidamente integrada en el sistema legal, institucional y económico, así como la adaptación de otros cuerpos institucionales a las funciones del Estado en materia de competencia. En particular, es imprescindible la articulación entre la política de competencia y el sistema judicial, y más precisamente, con los jueces encargados de avalar las decisiones tomadas por los organismos de competencia.

En este sentido, la experiencia internacional muestra que en varios países el desarrollo de los principales mecanismos que han debilitado la institucionalidad en la defensa de la competencia han sido: la existencia de autoridades de competencia débiles y el establecimiento de mecanismos judiciales deficientes o inoperantes que, en lugar de apoyar la política de competencia desarrollada por la autoridad de aplicación, la neutralizan o debilitan aún más.

En cuanto a la primera de estas características, ya se han identificado los elementos fundamentales para evitar la existencia de autoridades de competencia débiles.

En referencia al segundo rasgo, su importancia reside en el hecho de que en última instancia las autoridades de competencia dependen de los tribunales de justicia para que sus decisiones se hagan efectivas, en caso de que las partes decidan apelar contra las decisiones de la instancia administrativa (en general, la autoridad de competencia). Por tanto, entre los obstáculos que suelen encontrarse se observa que generalmente los jueces no están debidamente preparados para el tratamiento de los técnicamente complejos problemas de competencia.

Independientemente del modo particular en que la política de competencia se articula con el poder judicial, es imprescindible que este canal sea expedito, de modo tal que la aplicación de los principios de competencia en los mercados sea coherente y consistente entre los distintos agentes de aplicación, y garantice la máxima eficacia en la aplicación de la política.

Es oportuno indagar cuál es la experiencia de Argentina y Brasil con respecto a la confirmación o revocación por parte de la justicia de las decisiones tomadas por las respectivas agencias. En el caso de Argentina, en general son pocas las operaciones o conductas que han sido apeladas ante la justicia (menos de 5%). Además, la mayoría de éstas se han resuelto en forma favorable para la CNDC. Un ejemplo ha sido la apelación de la decisión de la CNDC respecto del caso de YPF (ya comentado en el documento). Contar con un sistema judicial alineado favorable a la protección del libre funcionamiento de los mercados garantiza la efectividad en la aplicación de esta ley. Sin perjuicio de ello, mediante una adecuada tarea de abogacía de la competencia se elevan las probabilidades de éxito e incluso se mejora el *enforcement*.

Un punto relacionado con el anterior, que en última instancia permite evaluar el grado de integración y relevancia de las políticas de competencia en el conjunto de políticas de Estado, se refiere a la relación entre la política de competencia y las regulaciones sectoriales. En este sentido, el primer elemento a considerar es el carácter transversal de la competencia, el cual debe incidir en todos los segmentos y mercados de una economía, en contraste con la especificidad y especialización de la regulación económica sectorial, aunque ambas deberían complementarse.

Al respecto, en el caso de Argentina, el grado de coordinación y cooperación de la política de competencia con los organismos reguladores sectoriales no se presenta en modo alguno homogéneo. Existe cierta superposición de responsabilidades, a pesar de que la ley 25156 deroga de hecho todas las atribuciones previas en materia de competencia que tuvieron otros organismos del Estado.

Por su parte, en Brasil es necesario derogar todas las atribuciones en materia de competencia actualmente vigentes en otros cuerpos legales o regulaciones sectoriales, de modo tal que sea el organismo de competencia o, en su defecto el BCSP, la única autoridad encargada de velar por el buen funcionamiento de los mercados. No obstante, es recomendable promover la mayor interacción, coordinación y cooperación entre el CADE y cada uno de los organismos reguladores sectoriales. Al comparar la situación de Brasil con la de Argentina, parecería que efectivamente Brasil tiene mayor interacción con los organismos reguladores sectoriales. El riesgo de esta opción es que exista una duplicación de funciones que atente contra la efectiva toma de decisiones en los sectores en cuestión.

Por lo tanto, desde la perspectiva de los países centroamericanos, es necesario potenciar y fomentar la coordinación e interacción entre la política de competencia, la cual debe ser transversal, y las regulaciones sectoriales de carácter específico.

5) Abogacía de la competencia. Íntimamente vinculado con la interrelación de la política de competencia con el poder judicial, se encuentra el papel de la autoridad de competencia en materia de abogacía de competencia, la cual abarca múltiples dimensiones, aunque es posible clasificarla con la siguiente taxonomía.

Por una parte, el papel de la autoridad es promover una efectiva cultura de la competencia en la comunidad tanto entre los consumidores como entre los productores. Ayudar a elevar la conciencia de la población sobre los principios básicos de la competencia haría posible que los distintos actores identificaran actos contrarios a ésta y emprendieran acciones tendientes a remediarlos o evitarlos. De esta manera, los consumidores pueden contribuir a monitorear el comportamiento de los productores y empresas, y evitar así los efectos dañinos de prácticas anticompetitivas sobre los mercados, que inciden en su bienestar. En cuanto a los productores con una conciencia pro competencia, éstos podrán evitar que se realicen prácticas anticompetitivas por desconocimiento. Aun ante la conciencia del daño, las empresas podrán internalizar los costos de prácticas anticompetitivas, al ser descubiertas por la autoridad. Es decir, podrán vislumbrar el riesgo y el daño que la práctica trae aparejados.

Al respecto, la promoción de la competencia en la comunidad requiere una política de difusión y capacitación. Un modo de llevarla a cabo es por medio de la mayor vinculación de las agencias con las asociaciones de consumidores, de productores y cámaras empresariales, entre otros.

6) Acuerdos de cooperación. Asimismo, es preciso fomentar también la interacción de la agencia de competencia con sus equivalentes en otros países de la región, y propiciar así la transferencia de experiencias y de información. Un modo de lograrlo es por medio de la participación de los miembros de los organismos en foros de discusión, eventos mundiales, redes de competencia, como el International Competition Network (ICN), además de fomentar la adhesión a convenios internacionales de cooperación en la materia. En este sentido, cabe mencionar que, a diferencia de Argentina, Brasil forma parte del ICN y pareciera que su experiencia es más amplia que en el caso de aquel país.

7) Facultades de la autoridad de competencia y control de concentraciones. El control de fusiones presenta en los países del Istmo Centroamericano un cuadro bastante heterogéneo. Sobre un total de siete países considerados, sólo en tres de ellos está previsto el control de operaciones económicas. Los criterios para la notificación también difieren entre sí; por ejemplo, en El Salvador se considera el volumen de la operación y/o los ingresos de las empresas en el mercado doméstico, mientras que en México se toma en cuenta el volumen de la operación, medido en función del monto, así como el porcentaje de acumulación de activos o los ingresos de la(s) empresa(s) en el mercado doméstico.

Las experiencias de Argentina y Brasil son ilustrativas a este respecto.

En los últimos años Brasil, ha realizado importantes mejoras en este sentido, toda vez que algunos de los principales problemas que presentaban los criterios de notificación, que eran vagos y poco precisos, fueron reinterpretados, y se mejoró de este modo la efectividad de la ley, aunque aún persisten elementos que requieren modificaciones. En Argentina, en cambio, los criterios de notificación son más claros, ya que se encuentran directamente vinculados con determinados montos de ventas en el país o a nivel mundial, aunque algunos de estos montos se relacionan con el mercado relevante, concepto que resulta subjetivo.

El control de concentraciones en Brasil es *ex post* y esto debiera cambiarse. Aunque la notificación debe realizarse obligatoriamente, no se exige notificación previa a la operación. Esto constituye obviamente un problema para el tratamiento de transacciones anticompetitivas, pues resulta difícil revertir los efectos negativos sobre la competencia de una operación cuanto mayor es el tiempo que transcurre entre la operación y el momento en el que el CADE se pronuncia sobre ella. Finalmente, genera incentivos para que las empresas retrasen la notificación al CADE, en la medida en que consideren que este desfase puede favorecerles.

La ley de defensa de la competencia argentina obliga a que las operaciones de concentración económica se notifiquen previamente, o bien en un plazo de una semana a partir de la fecha de su conclusión. Si bien pone límite al período de la notificación *ex post* de las operaciones, permite, al igual que en Brasil, este tipo de notificación.

Brasil no cuenta con un estándar explícito a partir del cual evaluar la legalidad de las fusiones bajo análisis, razón por la cual es necesario que se defina dicha norma. En este sentido, en la actualidad el límite para notificación de las fusiones consiste en que la entidad que se forma a partir de la operación en cuestión pase a controlar 20% o más del mercado relevante, o bien, que cualquiera de las empresas participantes posea una facturación total de 400 millones (156 millones de dólares) en el año anterior a la notificación. Nótese que de hecho este umbral de 20% es también aplicado en el caso de las conductas. Para establecer la facturación no se determina si ésta debe ser medida con base en las ventas en Brasil o a nivel mundial.

Argentina, en cambio, cuenta con límites para la notificación de operaciones de concentración económica. El monto límite de las operaciones para su notificación corresponde a un volumen total de negocios de 200 millones de pesos argentinos (68.027,11 dólares), además de que su monto debe superar cualquiera de estas tres condiciones: a) activos adquiridos por un monto superior a 20 millones de pesos argentinos (6.802.721 dólares); b) suma de las operaciones realizadas dentro de un año previo a la notificación, por encima de 20 millones de pesos argentinos (6.802.721 dólares), siempre que éstas se hubiesen realizado en el mismo mercado, o c) operaciones realizadas en los últimos tres años que en conjunto sumen un monto superior a 60 millones pesos (20.408.163 dólares), cuando se trate del mismo mercado. En este caso, si bien los criterios de notificación se encuentran vinculados a montos específicos, la subjetividad del criterio se relaciona con la definición de mercado en el cual se han presentado las operaciones.

Al respecto, es válido mencionar las siguientes consideraciones:

- a) No contar con un límite explícito de notificación reduce la transparencia.
- b) Analizar una operación de concentración requiere haber definido previamente el mercado relevante sobre el cual medir el incremento en las participaciones de las empresas que se fusionan, o determinados montos de negocio relacionados con la notificación.
- c) No hay claridad sobre si el límite de facturación debe medirse con respecto al mercado nacional o a ingresos globales.

En síntesis, tanto en Argentina como en Brasil, las agencias de competencia llevan a cabo el control de concentraciones económicas. Con base en estas experiencias, parece recomendable que el criterio de notificación que se aplique para el control de concentraciones sea *ex ante*, sobre la base de una pauta objetiva y explícita proveniente de la facturación de las empresas y/o el volumen de la operación. Ello en principio es deseable, ya que no requiere una definición de mercado y representa una medida no sujeta a discrecionalidad por parte de la autoridad.

Por último, con respecto a las herramientas de investigación, es importante hacer algunas aclaraciones. Al comparar Argentina y Brasil, pareciera que este último país presenta una ventaja, ya que la ley contempla el programa de protección de testigos, en tanto que Argentina no cuenta con este programa.

Sin embargo, el mecanismo de Brasil adolece de falencias que para ser superadas requieren un análisis profundo, de forma que sea un punto de referencia para otros países que intenten adoptar este procedimiento:

a) Impedir que los testigos protegidos enfrenten otros cargos penales distintos a los que corresponden a la aplicación de la ley de competencia, y reciban protección frente a los eventuales cargos civiles que puedan generarse a raíz de su papel de testigos o incluso como participantes de la conducta anticompetitiva.

b) Garantizar que la evidencia y pruebas que se presenten sean confidenciales y no esgrimidas en contra de los testigos protegidos.

Para países en proceso de introducir leyes antimonopolísticas y de crear las correspondientes autoridades de competencia, es importante tomar en cuenta las experiencias antes mencionadas. Un aspecto positivo en el caso de Brasil ha sido el cargo por notificación de las operaciones, ya que, entre otros, los ingresos generados por este cobro han apoyado a las autoridades de competencia, al contar con recursos adicionales.

Bibliografía

- Argentina (1999), “Ley 25156, de la Defensa de la Competencia de Argentina”, *Decreto Nacional 1.019 de 1999*.
- Avalos, Marcos (2005), *Condiciones generales de competencia: el caso de México*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (LC/MEX/L.711), México, octubre.
- Brasil (1994), *Ley N° 8884, Brasil, del 11 de junio de 1994* (originalmente dictada en 1962 y modificada parcialmente en 1990 y revisada en 1994). Transforma el Consejo Administrativo de Defensa Económica —CADE— en autarquía y dispone sobre la prevención y la represión de las infracciones contra el orden económico.
- Briggs, M.C., D. Petrecolla y V. Vallés (2001), “Efectos de la regulación en las condiciones de competencia de Puerto Nuevo de Buenos Aires”, CEER-UADE, *Serie de Textos de Discusión* N° 33, septiembre.
- Briggs, M.C. y D. Petrecolla (2001), “Problemas de competencia en la asignación de la capacidad de los aeropuertos: el caso argentino”, CEER-UADE, *Serie de Textos de Discusión* N° 24, marzo.
- CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), *Adm. Relatório Anual 1996, 1997, 1998-1999, 2000, 2001, 2002*.
- *Relatório de Gestão 2003, 2004*.
- Coloma, G. (2005), “Fusiones horizontales que reducen los precios”, *El Trimestre Económico*, Vol. 72, pp. 31-53.
- (2003) *Defensa de la competencia: análisis económico comparado*, Buenos Aires.
- (2002a), “Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia”, Documento de trabajo N° 228.
- (2002b), “The effect of the Repsol-YPF merger on the Argentine gasoline market”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 21, N° 4, pp. 399-418.

- ___ (2001), “Un análisis preliminar de los efectos competitivos de la integración entre Repsol e YPF sobre el mercado argentino de nafta”, *Anales de la XXXVI Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*, Buenos Aires, AAEP.
- ___ (1999), “Competition, bargaining and income distribution in Argentina and the United States”, Documento de trabajo N° 148.
- ___ (1998), “Análisis del comportamiento del mercado argentino de combustibles líquidos”, *Anales de la XXXIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*, Mendoza, AAEP.
- ___ (1997), “La ley argentina de defensa de la competencia”, *Anales de la XXXII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*, Bahía Blanca, AAEP.
- (CNDC) Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, “Casos y fusiones”, www.mecon.gov.ar.
- ___ (1997a), “Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia”, Documento de trabajo, Argentina.
- ___ (1997b), “El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados”, Documento de trabajo, Argentina.
- ___ *Memoria Anual 2003, 2002, 2001, 2000, 1999, 1998, 1997*.
- Cruces, G. y D. Petrecolla (1999) y M. Rodríguez Pardina, “Regulación y competencia en los servicios públicos privatizados. Diagnóstico y propuestas”, FADE, Nota N° 3, junio.
- Fagundes, J. (1998), “Políticas de defesa da concorrência e política industrial: Convergência ou divergência?”, *Revista do IBRAC*, Vol. 5, N° 6.
- Fagundes, J. y J. Pondé (1998), “Barreiras à entrada e defesa da concorrência: Notas introdutórias”, Texto para discussão N° 1, *Cadernos de Estudo*, Universidade Cândido Mendes.
- ___ (1997), “Políticas de defesa da concorrência e controles sobre atos de concentração horizontais: O caso brasileiro”, *Revista Archè*, N° 16, ano VI, Universidade Cândido Mendes.
- Farias Pamplona, J. (2001), *A importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste*, Edición 52.
- Farina, E.M. Q. (2005), “Panel: Enforcement authorities roundtable”, 32nd. Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, CADE, Fordham Corporate Law Institute, Fordham University, Nueva York, septiembre.
- Fiani, R., “Teoria da regulação econômica: Estado atual e perspectivas futuras”, *Teoria Política e Instituições de Defesa da Concorrência*, Editora da UFRJ, inédito.
- ___ (1998), “Uma abordagem abrangente da regulação de monopólios: exercício preliminar aplicado a telecomunicações”, Texto para discussão N° 408, IE/UFRJ.
- FIEL (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas) (s/f), “Defensa de la competencia”, Documento de trabajo N° 44.
- García-Verdú, R. y O. Solano (2005), *Promoting Competitive Markets in Mexico*, preparado por el grupo de trabajo “Promoting Competitive Markets in Developing Economies”, organizado por Simon J. Evenett y Diego Petrecolla y el World Trade Institute and the International Development Research Centre (IDRC), marzo, Buenos Aires.
- Gazzi Taddei, M. (2002), “A defesa comercial no Brasil contra a prática de dumping e o interesse social”, Edición N° 58.
- Loss, G. (2000), *Aspectos anticoncorrenciais dos incentivos fiscais estaduais: a análise do CADE*, Edición N° 48.
- Margaretic, P., M. F. Martínez y D. Petrecolla (2005), “The effectiveness of antitrust enforcement in Argentina, Chile and Peru during the 90’”, publicaciones del Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Working Paper N° 16, marzo.
- Martin, S. (1994), *Industrial Economics: Economic Analysis and Public Policy*, Second Edition, Macmillan Publishing Company, Nueva York.
- MERCOSUR (Mercado Común del Sur) (2002), *Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur* (también conocido como *Protocolo de Fortaleza*), firmado en 1996 y reglamentado en 2002.
- ___ (1998), “Anexo al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur”.
- Montero Ansorena, C. (2005), *Condiciones generales de competencia en el caso de Nicaragua*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), México, junio.
- OECD (Organisation for Economic and Co-operation and Development) (2004), *Argentina: Competition Law and Policy in 2003*, octubre.

- ___ (2005), Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, *Peer Review of Brazilian's Competition Law and Policy*, julio.
- ___ (2004), *Trade and competitiveness in Argentina, Brazil and Chile: Overview of the publication*, diciembre.
- Paganilla, M. A. (2004), *A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto*, Edición N° 222.
- Pereira, J. M. (2004), "Consumidor e da Concorrência: Uma avaliação do processo de consolidação institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência", *Revista acadêmica de economia*, N° 24, mayo.
- Petrecolla, D. (2002), "Defensa de la competencia", texto para discusión, FADE, febrero.
- Petrecolla, D. y D. Bondorevsky (2005), "Integración de los mercados de gas natural del Cono Sur", *Boletín Informativo Techint 316*, enero-abril.
- Petrecolla, D. y C. Ruzzier (2004), *Problemas de defensa de la competencia en sectores de infraestructura en la Argentina*, Editorial Temas, Buenos Aires, mayo.
- ___ (2004), *Problemas de defensa de la competencia en sectores de infraestructura en la Argentina*, Editorial Temas-UADE, Buenos Aires, abril. Mención de Honor: Academia Nacional de Ciencias de la Empresa.
- Petrecolla, D. y C. Romero (2003), *Concentración horizontal en un ambiente regulado. El caso de la distribución de electricidad en el área metropolitana de Buenos Aires*. En colaboración con Texto de Discusión N° 51, CEER-UADE., diciembre.
- Petrecolla, D., D. Bondorevsky, C. Romero y C. Ruzzier (2002), "Competencia por comparación en el sector de distribución eléctrica: El papel de la política de defensa de la competencia", Texto de Discusión N° 38, CEER-UADE, abril.
- Petrecolla, D., M. Celani y C. Ruzzier (2002), "Desagregación de redes en telecomunicaciones: Una visión desde la política de defensa de la competencia", Texto de Discusión N° 37, CEER-UADE, abril.
- Petrecolla, D. y D. Bondorevsky (2001a), "Estructura del mercado de gas natural en Argentina e integración energética regional: Problemas de defensa de la competencia", CEER-UADE, Serie de Textos de Discusión N° 29, junio.
- ___ (2001b), "The structure of natural gas markets in Argentina and antitrust issues in regional energy integration", Inter-American Development Bank, Sustainable Development Department, *Technical Paper Series*, Washington, D.C., diciembre.
- Petrecolla, D. y L. Soto (1999a), "La ley de defensa de la competencia: su aplicación en casos recientes", *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, FIEL.
- ___ (1999b) "Privatización y desregulación del transporte aéreo", *La regulación de la competencia y de los servicios públicos*, FIEL.
- Possas, M. y Fagundes, J. (1998), "Competition, strategic behaviour and antitrust policy: an evolutionary approach", *RBE*, Vol. 52, N° 1, enero/marzo.
- Possas, M., Fagundes, J. y J. Pondé (1998a), "Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência", *Revista de Economia Contemporânea*, Vol. 2, UFRJ,
- ___ (1998b), "Defesa da concorrência e regulação na transição de monopolios naturais para estruturas oligopolistas", *Relatorio de Pesquisa/IPEA*.
- ___ (1998c) "Defesa da concorrência e regulação", *Revista de Direito Econômico*, enero/julio, N° 27.
- Ragazzo, C. E. (2005), "Notas introductorias sobre o principio da livre concorrência", *Revista de Directo da Concordancia*, N° 6, abril/junio.
- Rivera, E. y C. Schatan (2005), *Los mercados en el Istmo Centroamericano: ¿Qué ha pasado con la competencia?*, Serie Estudios y Perspectivas N° 41, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), México, diciembre.
- Romero, A. y C. Gonzáles (2005), *Condiciones generales de competencia en Guatemala*, CEPAL, versión preliminar, junio.
- Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor (2001), *Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica*, Resolución 40/2001, Argentina.
- Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor (2001), *Lineamientos para el control de las concentraciones económicas*, Resolución 164/2001, Argentina, noviembre.
- Serebrisky, T. (2004), "What do we know about competition agencies in emerging and transition countries? Evidence on workload, personnel, priority sectors, and training needs", *World Bank Policy Research, Working Paper 3221*, febrero.

Varian, H. (1993), *Microeconomía intermedia: un enfoque moderno*, tercera edición, Antoni Bosch editor.
Viscusi, W. y otros (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*, Third Edition, The MIT Press.

Anexo

Una interpretación económica del interés económico general

El concepto de "interés económico general" es un concepto que, desde el punto de vista macroeconómico, puede precisarse mediante los conceptos de "excedente del consumidor", "excedente del productor" y "excedente total".

La definición del excedente del consumidor está basada en el concepto de que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a partir de sus funciones de demanda. Éstas son relaciones que se establecen entre las cantidades que el consumidor demanda y los precios que enfrenta en el mercado. También sirven para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar un consumidor por cada una de las unidades. La diferencia entre lo que un consumidor está dispuesto a pagar y lo que efectivamente paga es su excedente, y puede interpretarse como el bienestar que obtiene por adquirir el bien o servicio en cuestión.

El excedente del consumidor es un concepto definido en términos monetarios, comparable con el concepto de beneficio de la empresa o "excedente del productor". También puede ser agregado por medio de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen las funciones de demanda, el concepto puede medirse por segmento que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión.

Lo expuesto en el párrafo anterior se presenta en el gráfico 1, en el que se dibujan las curvas de demanda por un bien de dos consumidores diferentes (D_1 y D_2) y la curva de demanda agregada del mercado (D_T) que surge de sumar las cantidades demandadas por cada consumidor para cada posible precio. A su vez, cada punto de las funciones de demanda individuales representa el máximo que cada consumidor está dispuesto a pagar por unidad adicional que consume. Por ende, cada punto de la función de demanda total representa la valuación del conjunto de consumidores por unidad adicional. Si el precio que los consumidores enfrentan es por ejemplo " P_0 ", el área del triángulo 1 (que es igual a la del triángulo 3) representa el excedente que obtiene el consumidor 1 por consumir " Q_1 " y pagar por ello una suma igual a " $P_0 \times Q_1$ ", en tanto que la suma de las áreas "1 + 2" es el excedente que obtiene el consumidor 2 cuando consume " Q_2 ". Al visualizar el mercado como un todo, el excedente de los consumidores puede evaluarse a partir de la suma de las áreas 1, 2 y 3, que representan la diferencia entre el área por debajo de la curva de demanda total y el gasto total de los consumidores.

Así como el excedente del consumidor sirve para representar la parte del beneficio social generado en un mercado que obtienen los consumidores, el excedente del productor representa un concepto semejante, pero desde el punto de vista de las empresas proveedoras del bien. Este concepto puede también definirse como el beneficio económico que tales empresas reciben como resultado del funcionamiento del mercado, y gráficamente se visualiza a través del área que surge de restar los costos totales de provisión del bien o servicio vendido del ingreso total ($P \times Q$). Distintas medidas de esta área son las que aparecen en el gráfico 2, en el cual se presenta la curva de costo marginal de una empresa (C_{mg}) y dos posibles niveles de precio para el bien producido (P_1 y P_2). El excedente del productor que aparece representado en el gráfico 2 no es exactamente igual al beneficio económico total que éste obtiene, porque el área debajo de la curva de costo marginal no representa estrictamente el costo total, sino sólo el costo variable de la empresa. El gráfico marca también dos posibles niveles de producción y ventas (Q_1 y Q_2) e indica cuál sería el excedente del productor para las combinaciones " (P_1, Q_1) ", " (P_2, Q_1) " y " (P_2, Q_2) ", representadas por las áreas "1", "1+2" y "1+2+3", respectivamente.

Gráfico 1
EXCEDENTE DEL CONSUMIDOR

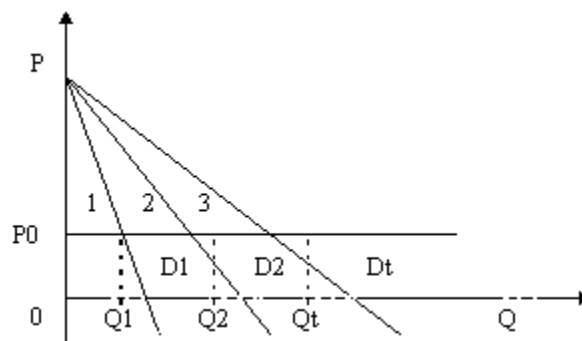
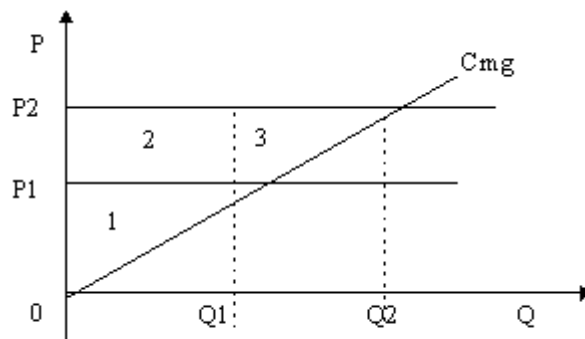


Gráfico 2
EXCEDENTE DEL PRODUCTOR

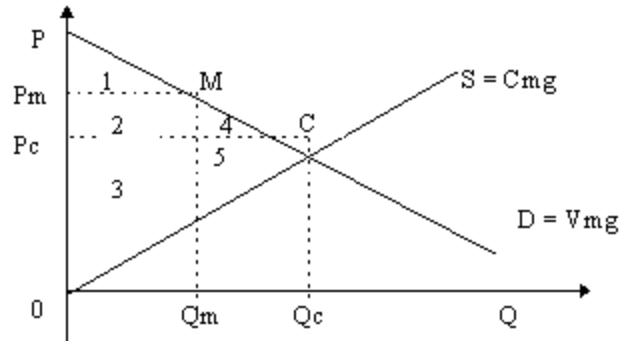


La consideración conjunta de los excedentes del consumidor y del productor permite elaborar una primera definición operativa del valor del "interés económico general" generado en un mercado. Esta definición es la del "excedente total de los agentes económicos", entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico de la legislación de defensa de la competencia, ya que es justamente la magnitud que aumenta cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta. Por lo tanto, puede entenderse que si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo perjudiciales para el interés general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de dicha norma.

El gráfico 3 muestra la comparación entre una situación de equilibrio competitivo (C) y otra de equilibrio monopólico o colusivo (M), en la cual el precio ha sido fijado para maximizar exclusivamente el excedente de los productores, en el que, si bien los beneficios empresarios son menores en la primera de las situaciones mencionadas (debido a que la suma de las áreas "3" y "5" es menor que la de las áreas "2" y "3"), el excedente total generado por la combinación "(P_c, Q_c)" es mayor que el correspondiente a la combinación "(P_m, Q_m)", ya que en este último caso el área "4+5" desaparece. El equilibrio competitivo graficado exhibe también la triple propiedad de que en él se maximiza el excedente total de los agentes económicos, se igualan las funciones de demanda y

oferta del mercado ($D = S$) y se igualan el valor marginal y el costo marginal de la cantidad comerciada ($Vmg = Cmg$).

Gráfico 3
EXCEDENTE TOTAL DE LOS AGENTES ECONÓMICOS



Una posible divergencia entre las ideas de "excedente total de los agentes económicos" e "interés económico general" proviene del carácter esencialmente impersonal que el primero de tales conceptos tiene. En efecto, medir el bienestar a través de una simple suma de excedentes de los distintos actores puede resultar inadecuado, si en la mente del evaluador pesan más los beneficios de algunos agentes y menos los de otros. Para contemplar esto puede emplearse el concepto de "función de bienestar", una de cuyas definiciones es la de una suma ponderada de excedentes como la siguiente:

$$W = a.EC + b.EP$$

donde "EC" y "EP" son los excedentes de los consumidores y de los productores, y "a" y "b" son "características distributivas" que buscan medir el peso de tales excedentes sobre las preferencias de la sociedad. Cuando ambos números son iguales entre sí (e iguales a uno), dicha función de bienestar coincide exactamente con el concepto de excedente total de los agentes económicos.



Serie

 OFICINA
 SUBREGIONAL
 DE LA CEPAL
 EN
 MÉXICO

CEPAL

nombre de la serie

Números publicados

El listado completo de esta colección, así como las versiones electrónicas en pdf están disponibles en nuestro sitio web: <http://www.eclac.cl/mexico/>

72. Mejores prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: Aspectos útiles para Centroamérica, (LC/L.2677-P) (LC/MEX/L.726/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.26, 2007.
71. Competencia y regulación en la banca de Centroamérica y México. Un estudio comparativo, Eugenio Rivera y Adolfo Rodríguez (LC/L.2676-P) (LC/MEX/L.725/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.25, 2007.
70. Honduras: Tendencias, desafíos y temas estratégicos de desarrollo agropecuario, Braulio Serna (LC/L.2675-P) (LC/MEX/L.761/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.24, 2007.
69. Ventajas y limitaciones de la experiencia de Costa Rica en materia de políticas de competencia: Un punto de referencia para la región centroamericana, Pamela Sittenfeld (LC/L.2666-P) (LC/MEX/L.763)) N° de venta: S.07.II.G.17, 2007.
68. Competencia y regulación en la banca: El caso de El Salvador, Mauricio Herrera (LC/L.2665-P) (LC/MEX/L.727/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.16, 2007.
67. Condiciones generales de competencia en países centroamericanos: El caso de El Salvador, Francisco Molina (LC/L.2664-P) (LC/MEX/L.720/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.15, 2007.
66. Modelos de privatización y desarrollo de la competencia en las telecomunicaciones de Centroamérica y México, Eugenio Rivera (LC/L.2663-P) (LC/MEX/L.724/Rev.1)) N° de venta: S.07.II.G.14, 2007.
65. Integración regional y políticas públicas. Evaluación de la experiencia europea y posibles implicaciones para la integración latinoamericana, Juan Tugores (LC/L.2647-P) (LC/MEX/L.760)) N° de venta: S.06.II.G.173, 2006.
64. Retos de la política fiscal en Centroamérica, Juan Alberto Fuentes K. (LC/L.2646-P) (LC/MEX/L.719/Rev.2)) N° de venta: S.06.II.G.172, 2006.
63. El seguro agropecuario en México: Experiencias recientes, Erasto Díaz Tapia (LC/L.2633-P) (LC/MEX/L.758)) N° de venta: S.06.II.G.157, 2006.
62. Competencia bancaria en México, Marcos Avalos y Fausto Hernández Trillo (LC/L.2630-P) (LC/MEX/L.722/Rev.2)) N° de venta: S.06.II.G.155, 2006.
61. La sostenibilidad de la deuda pública y la postura fiscal en el ciclo económico: El Istmo Centroamericano, Edna Armendáriz (LC/L.2629-P) (LC/MEX/L.757)) N° de venta: S.06.II.G.154, 2006.
60. The effectiveness of technical assistance, socio-economic development, and the absorptive capacity of competition authorities, Simon J. Evenett (LC/L.2626-P) (LC/MEX/L.755)) N° de venta: E.06.II.G.150, 2006.
59. Los instrumentos económicos en la gestión del agua. El caso de Costa Rica, Liudmila Ortega Ponce (LC/L.2625-P) (LC/MEX/L.754)) N° de venta: S.06.II.G.149, 2006.
58. The political economy of Mexico's dollarization debate, Juan Carlos Moreno-Brid and Paul Bowles (LC/L.2623-P) (LC/MEX/L.753)) N° de venta: E.06.II.G.147, 2006.
57. DR-CAFTA: ¿Panacea o fatalidad para el desarrollo económico y social en Nicaragua?, Marco Vinicio Sánchez y Rob Vos (LC/L.2622-P) (LC/MEX/L.752)) N° de venta: S.06.II.G.146, 2006.
56. Valuing damage and losses in cultural assets after a disaster: Concept paper and research options, Kaspars Vecvagars (LC/L.2610-P) (LC/MEX/L.731)) N° de venta: E.06.II.G.135, 2006.
55. Estado de bienestar, desarrollo económico y ciudadanía: Algunas lecciones de la literatura contemporánea, Sonia Draibe y Manuel Riesco (LC/L.2601-P) (LC/MEX/L.742)) N° de venta: S.06.II.G.112, 2006.
54. Los efectos de los desastres en 2004 y 2005: La necesidad de adaptación de largo plazo, Ricardo Zapata (LC/L.2594-P) (LC/MEX/L.733)) N° de venta: S.06.II.G.123, 2006.
53. Opciones de financiamiento para universalizar la cobertura del sistema de pensiones de Costa Rica, Fabio Durán (LC/L.2593-P) (LC/MEX/L.732)) N° de venta: S.06.II.G.122, 2006.
52. Condiciones generales de competencia en Guatemala, Antonio Romero y Carlos E. González (LC/L.2550-P) (LC/MEX/L.718)) N° de venta: S.06.II.G.77, 2006.
51. Health benefits guarantees in Latin America: Equity and quasi-market restructuring at the beginning of the Millennium, Ana Sojo (LC/L.2546-P) (LC/MEX/L.717)) N° de venta: E.06.II.G.74, 2006.

50. ¿Se erosiona la competitividad de los países del DR-CAFTA con el fin del acuerdo de textiles y vestuario?, René A. Hernández, Indira Romero y Martha Cordero (LC/L.2545-P (LC/MEX/L.691/Rev.2)) N° de venta: S.06.II.G.73, 2006.
49. Efectos de la capacitación de la competitividad de la industria manufacturera, Ramón Padilla y Miriam Juárez (LC/L.2536-P (LC/MEX/L.690/Rev.1)) N° de venta: S.06.II.G.63, 2006.
48. Condiciones generales de competencia: el caso de México, Marcos Avalos (LC/L.2535-P (LC/MEX/L.711/Rev.1)) N° de venta: S.06.II.G.62, 2006.
47. Matriz de contabilidad social (MCS) 2002 de Costa Rica, y los fundamentos metodológicos de su construcción, Marco Vinicio Sánchez (LC/L.2514-P (LC/MEX/L.712)) N° de venta: S.06.II.G.40, 2006.
46. El Istmo Centroamericano durante el período 1990-2002: Los efectos de la volatilidad del crecimiento en el empleo, los salarios reales, el gasto público social, la pobreza y la distribución del ingreso, Pablo Sauma (LC/L.2500-P (LC/MEX/L.710)) N° de venta: S.06.II.G.32, 2006.
45. Características de los hogares y de su principal receptor de ingresos en Centroamérica, México y la República Dominicana: su papel en la desigualdad del ingreso, Matthew Hammill (LC/L.2499-P (LC/MEX/L.709)) N° de venta: S.06.II.G.31, 2006.
44. La garantía de prestaciones en salud en América Latina. Equidad y reorganización de los cuasimercados a inicios del milenio, Ana Sojo (LC/L.2484-P (LC/MEX/L.708)) N° de venta: S.06.II.G.9, 2006.
43. Income inequality in Central America, Dominican Republic and Mexico: Assessing the importance of individual and household characteristics, Matthew Hammill (LC/L.2480-P (LC/MEX/L.701)) N° de venta: E.06.II.G.7, 2005.
42. Mexico: Economic growth, exports and industrial performance after NAFTA, Juan Carlos Moreno-Brid, Juan Carlos Rivas Valdivia y Jesús Santamaría (LC/L.2479-P (LC/MEX/L.700)) N° de venta: E.06.II.G.6, 2005.
41. Los mercados en el Istmo Centroamericano: ¿qué ha pasado con la competencia?, Claudia Schatan y Eugenio Rivera (LC/L.2478/Rev.1-P (LC/MEX/L.695/Rev.1)) N° de venta: S.06.II.G.6, 2006.
40. Cooperación ambiental en el NAFTA y perspectivas para el DR-CAFTA, Claudia Schatan y Carlos Muñoz Villarreal (LC/L.2413 P (LC/MEX/L.689)) N° de venta: S.05.II.G.160, 2005.
39. La factibilidad política de las reformas del sector social en América Latina, Alejandra González-Rossetti (LC/L.2412 P (LC/MEX/L.684)) N° de venta: S.05.II.G.159, 2005.
38. Agir ensemble pour une gestion plus efficace des services de l'eau potable et l'assainissement en Haïti, Lilian Saade (LC/L.2395-P (LC/MEX/L.680)) N° de venta: F.05.II.G.138, 2005.
37. Condiciones generales de competencia en Panamá, Marco A. Fernández B. (LC/L.2394-P (LC/MEX/L.677)) N° de venta: S.05.II.G.137, 2005.
36. Reformas económicas, régimen cambiario y choques externos: Efectos en el desarrollo económico, la desigualdad y la pobreza en Costa Rica, El Salvador y Honduras, Marco Vinicio Sánchez Cantillo (LC/L.2370-P (LC/MEX/L.673)) N° de venta: S.05.II.G.111, 2005.
35. The 2004 hurricanes in the Caribbean and the Tsunami in the Indian Ocean, Lessons and policy challenges for development and disaster reduction, Ricardo Zapata Martí (LC/L.2340-P (LC/MEX/L.672)) N° de venta: E.05.II.G.106, 2005.

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Biblioteca de la Sede Subregional de la CEPAL en México, Presidente Masaryk No. 29 – 4° piso, 11570 México, D. F., Fax (52) 55-31-11-51, biblioteca.cepal@un.org.mx

Nombre:..... Actividad:..... Dirección:..... Código postal, ciudad, país:..... Tel.: Fax: E.mail:
