



Universidad de la República
Facultad de Ciencias Sociales
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

Documentos de trabajo

¿Qué Imitar de las Economías Pequeñas Exitosas? Sobre la Necesidad de una Política y una Legislación de competencia

Andrés Rius y Gabriel Katz

Documento No. 08/04
Octubre, 2004

**¿Qué imitar de las economías pequeñas exitosas?
Sobre la necesidad de una política
y una legislación de competencia**

**Andrés Rius
Gabriel Katz**

Octubre 2004

1. Introducción

Chile, Irlanda y Nueva Zelanda (un poco menos Costa Rica, quizás porque todavía menospreciamos a los centroamericanos, o porque sus estrategias son menos consistentes con la ideología de los promotores) han sido frecuentemente citados en Uruguay como modelos a imitar por una economía pequeña que busca su camino al desarrollo. Por ejemplo, en 1997 un grupo de periodistas, y actores económicos, políticos y sociales de nuestro país fueron invitados a visitar Nueva Zelanda, un país de superficie, población y estructura productiva no muy diferentes a las uruguayas.¹ En uno de los reportes sobre la visita (*El Observador*, sábado 29 de noviembre de 1997, pp. 4-5) se dedicaba amplio espacio a la reforma de la administración central, las privatizaciones y la “ley de responsabilidad fiscal”, implementadas en aquel país durante la segunda mitad de los años ’80 y primera de los ’90, pero no se mencionaba la legislación de competencia que fuera una de las primeras reformas implementadas. (Curiosamente, “el modelo” neozelandés estaba lejos de ser un modelo “probado” al momento de la visita: en diciembre de 2000, la prestigiosa revista *The Economist* necesitaba dedicar tres páginas para fundamentar la modesta conclusión de que “las reformas podrían haber sido mejor manejadas, con mejores resultados, pero la economía hoy estaría peor si las reformas no hubieran tenido lugar” y recomendar al gobierno no dar marcha atrás –cosa que los propios neozelandeses parecían estar reclamando—en algunas de las reformas que otros publicitaban como ejemplares.)

Más recientemente, un periodista del semanario *Búsqueda* de visita en Chile no pudo refrenar su entusiasmo al observar un país que se encontraría “en un viaje sin retorno a la modernidad” (*Búsqueda*, jueves 6 de noviembre de 2003, pp. 16-17). Luego de revisar evidencia anecdótica y estadística sobre “el milagro chileno” (incluida su alta figuración, a varios cuerpos de sus vecinos latinoamericanos, en el ranking mundial de competitividad producido por el Foro Económico Mundial), el periodista sintetizaba los ingredientes básicos del milagro: “un Estado chico, una apertura comercial con aranceles

¹ Sintomáticamente, el artículo compara, con datos de 1996, las economías de ese país, Uruguay, Chile e Irlanda, si bien el artículo no analiza las reformas o la performance del país trasandino o el europeo.

bajos (...), una apertura del mercado interno a las inversiones extranjeras y la competencia en todas las áreas de la economía, y una agresiva política agro-exportadora”. La nota proporciona una breve explicación posterior de lo que implican algunos de estos ingredientes, citando en particular declaraciones del presidente del ente regulador de los mercados de energía y combustibles en relación a la competencia y la participación estatal en los mismos.

Los ejemplos ilustran el rango de políticas usualmente destacadas como determinantes del éxito relativo de las economías pequeñas exitosas: normalmente, ellas incluyen la apertura comercial, la privatización, la desregulación, la reforma del estado, o el marco favorable para la inversión extranjera directa. Sin embargo, estos análisis han omitido un componente igualmente significativo de las políticas públicas de estos países: una política y legislación de competencia de amplia cobertura –trascendiendo ampliamente a los sectores “regulados–, y la existencia de autoridades independientes encargadas de promover la competencia y asegurar el cumplimiento de la ley.

Quizás más sorprendente es que, con honrosas excepciones mencionadas más abajo, un similar “sesgo de atención” se verifica en los análisis y propuestas realizados por economistas profesionales. Por ejemplo, en fecha cercana a la misión uruguaya a Nueva Zelanda, el Director Ejecutivo de CERES presentaba “Una visión positiva del futuro del Uruguay” (Talvi, 1997). En el documento se reseñaban los ritmos, secuencia y logros de una agenda de reformas “de primera generación” que el país habría abordado hasta entonces (estabilización macroeconómica, eliminación de precios administrados, liberalización y reforma financiera, apertura comercial, reforma tributaria, privatización, modernización laboral y reforma de la seguridad social), y se proponía la agenda de reformas “de segunda generación” que el Uruguay requeriría: mejoramiento de la competitividad (que incluiría revisión del estatuto de las empresas públicas, modernización laboral, infraestructura y regulación pública de la actividad privada), las reformas institucionales (ejemplificadas con la reforma de los procedimientos presupuestales públicos) y las reformas de los servicios sociales (entre los que se

menciona la reforma educativa, la seguridad ciudadana y el tema de la marginalidad).² En su presentación, “la regulación pública de la actividad privada” es solamente listada como importante pero no se explica qué es lo que implicaría.³ Las políticas de competencia de amplio espectro también están ausentes de otros diagnósticos realizados por economistas profesionales sobre el desempeño económico regional (véase, por ejemplo, “Chile y América Latina: ¿Trayectorias divergentes?”, por Aldo Lema, diario *La Tercera* de Chile, 24 de junio de 2002).

Por razones que examinaremos más abajo, la omisión de las políticas de competencia de ciertas agendas y discursos sobre el desarrollo económico no debería resultar llamativa. Sin embargo, es posible afirmar que para el Uruguay es una omisión lamentable, que ha facilitado una concentración del debate sobre reformas en áreas donde no ha sido posible generar los consensos necesarios, ha permitido la supervivencia de prácticas económicas que perpetúan o reproducen iniquidades arbitrarias e inhiben la competitividad y el crecimiento, y viene dejando al país en desventaja relativa respecto a los vecinos regionales para atraer inversión externa.

El objetivo de este artículo es rescatar el componente olvidado de las políticas asociadas con el éxito relativo de algunas economías comparables a la uruguaya. Además de destacar la contribución de las políticas y legislación de competencia a la eficiencia y la competitividad, se repasan algunas posibles vinculaciones de la competencia con la equidad. Luego de destacar regularidades y peculiaridades de algunos regímenes nacionales más avanzados, se sostiene que la política de competencia eficaz para un país en desarrollo no puede ser imitada simplemente de ningún modelo disponible (real o teórico). A diferencia de otros trabajos previos que han abordado una temática similar (en particular, Bergara, 2003), se destaca la importancia de la política y legislación de competencia *de amplia cobertura* y no solamente de la competencia en “los servicios públicos” o los sectores económicos donde operan empresas públicas o que requieren la

² Chile, Nueva Zelanda, y –en este caso—Australia, figuran explícitamente en el trabajo entre los modelos a imitar con relación a la legislación laboral.

regulación del Estado. En este sentido, y por el tipo de fundamentación que se realiza, el artículo complementa, extiende y profundiza algunas de las propuestas ofrecidas en esos antecedentes.

En la sección siguiente se presentan brevemente las experiencias de los “países modelo” en cuanto a la adopción de políticas de competencia y sus aparentes efectos sobre el desempeño económico. La sección 2 examina los argumentos analíticos sobre la contribución de una política de competencia al desarrollo y se presentan brevemente los componentes básicos de una política de competencia eficaz. Allí se elabora la relación entre competencia y competitividad, se cuestiona la validez de ciertas objeciones usuales a las políticas para promover la primera, y se distingue entre política y legislación de competencia y procesos de regulación sectorial, examinándose posibles complementariedades y conflictos. En la sección final se revisa brevemente la situación actual de Uruguay en cuanto a políticas y legislación de competencia, y se argumenta – desde una perspectiva de economía política—que la extensión y profundización de los modestos avances logrados ofrecen una oportunidad quizás única para superar debates estancados y poco constructivos sobre las reformas para el desarrollo.

2. Las políticas de competencia en economías pequeñas exitosas

En esta sección se pasa revista a las experiencias de Chile, Costa Rica, Irlanda y Nueva Zelanda en materia de legislación y políticas de competencia. Se analizarán únicamente aspectos salientes y de posible interés para Uruguay, en los regímenes de competencia de cada uno de estos países. Un análisis más detallado de los marcos legales y la política de competencia en estos países puede encontrarse en Katz (2004).

³ Este silencio contrasta con la especial atención que ha recibido en el trabajo de CERES la regulación de los sectores en los que operan empresas públicas (véase, por ejemplo, entrevista al Dr. Talvi en el programa

A. Chile

Reseña histórica: La primera ley de competencia chilena data de 1959, un año después de que una misión internacional recomendara a las autoridades del país abandonar los controles de precios vigentes entonces, implementar una política de competencia y reducir los aranceles a la importación. La Ley de Competencia de 1959 prohibía al Estado garantizar monopolios a privados y establecía que las prácticas y/o acuerdos tendientes a menoscabar la libre competencia eran pasibles de acciones civiles y penales. La ley instituyó una Comisión con competencias para investigar casos en los que hubiera sospecha de prácticas anti-competitivas, emitir normas en materia civil, y decidir acerca de la concesión o no de monopolios. Pese a estos considerables poderes, la Comisión no logró constituirse jamás en una entidad con poder y la ley jugó un papel de escasa relevancia.

La segunda experiencia en materia de regulación de la competencia en Chile tuvo lugar durante el gobierno militar que tomó el poder en 1973. En diciembre de ese año se aprobó la Ley para la Defensa de la Libre Competencia, que si bien es esencialmente similar a su predecesora de 1959, ha sido la ley marco para las políticas de competencia hasta la actualidad. A diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de los países, la ley no establece ninguna meta o cometido específico. Durante los primeros quince años de aplicación de la ley, se privilegió la promoción de la libre competencia como objetivo primordial de la política de competencia. Más recientemente, el gobierno chileno ha dado muestras de haber adoptado un enfoque de “promoción de la eficiencia económica” como marco de la política de competencia. En este contexto, la eficiencia económica es considerada en la actualidad no sólo la principal sino la única meta de la ley de competencia, en tanto que las prácticas anticompetitivas y la estructura de los mercados adquieren relevancia únicamente en tanto conduzcan a comportamientos que perjudiquen a los mercados en su conjunto. La innovación y el bienestar de los consumidores se conciben no cómo metas en sí, sino como resultados esperables del incremento en la eficiencia económica (OCDE, 2003).

“En Perspectiva” de la emisora El Expectador, 4 de junio de 2001, disponible en www.ceres-uy.org).

Contenidos centrales de la ley: El artículo 1 de la ley prohíbe genéricamente toda práctica o acuerdo “tendiente a restringir la libre competencia en los mercados de negocios”. En el artículo 2, por su parte, se provee una lista de los tipos de acuerdos y prácticas reputadas anti – competitivas, que incluye la imposición de cuotas o reducciones en las cantidades producidas de bienes o servicios; la asignación de territorios o establecimiento de acuerdos de distribución exclusiva; la fijación de precios de bienes y servicios; y las prácticas que restrinjan la libertad de trabajo, sindicalización y negociación. La ley establece que esta lista es ilustrativa, no exhaustiva. En la práctica ha existido cierta incertidumbre respecto del efecto legal del artículo 2, incertidumbre que aún persiste. En los primeros años de aplicación de la ley, las autoridades de competencia interpretaron generalmente este artículo en el sentido de que contenía una declaración de las conductas consideradas ilegales per se. Más recientemente, ha primado la interpretación de que la lista es meramente ilustrativa de conductas que *pueden* violar lo dispuesto en el artículo 1, aunque no necesariamente lo violen per se.

Por otra parte, el artículo 6 establece que será también contrario al espíritu de la ley cualquier abuso en el que incurra cualquier empresa que monopolice una actividad empresarial. No obstante, la ley adolece de falta de claridad en cuanto a los criterios utilizados para discernir qué constituye una posición de dominio en el mercado.

No existen en la propia ley ni en otras normas vigentes en el marco jurídico chileno cláusulas que estipulen exclusiones o exenciones explícitas a lo dispuesto por la ley de competencia, lo que no implica la ausencia de monopolios o derechos exclusivos sancionados por ley (a favor de empresas privadas o entes públicos). En cambio, se entiende que la ley de competencia abarca y podría imponer limitaciones, por ejemplo, a las decisiones del Estado como regulador, o a las fusiones y adquisiciones que pudieran ser consideradas “deseables” por los reguladores sectoriales (e.g., del sistema financiero).

Marco institucional: La ley de 1973 creó un marco institucional tripartito, conformado por una agencia encargada de velar por la aplicación de la ley, denominada la Oficina del

Fiscal (o Fiscalía Nacional Económica), un tribunal especial, la Comisión Antimonopolios, y un conjunto de agencias de carácter consultivo, denominadas Comisiones Preventivas.

La Oficina del Fiscal es la encargada de velar por la aplicación de la ley y de conducir investigaciones, por denuncia de parte o de oficio, frente a eventuales violaciones de la misma. La Oficina puede proponer sanciones criminales, si bien esto no ocurre en la práctica. La multa máxima que puede imponer es de aproximadamente 230 mil dólares, pero en la realidad las sanciones pecuniarias son también escasas y generalmente nunca alcanzan a este monto.⁴ A partir de 1999, la Oficina ha sido objeto de un proceso de reestructura tendiente a su fortalecimiento; de este modo, ha duplicado su personal (que ocupa actualmente alrededor de 60 personas), ha mejorado los salarios pagados y ha sido autorizada a contratar personal calificado por fuera de las normativas que rigen la contratación de funcionarios públicos.

La Comisión Antimonopolios (o Comisión Resultiva) es el órgano de mayor jerarquía en el esquema de competencia chileno. Es una corte de carácter especial, y si bien no forma parte orgánica del sistema judicial chileno, es presidido por un juez de la Suprema Corte y está sujeta a la supervisión de la misma. La principal función de la Comisión es adoptar decisiones en los casos planteados por la Oficina del Fiscal o por privados. El procedimiento es básicamente el siguiente: luego de una primera instancia en la que las partes presentan la evidencia y los descargos pertinentes, la Comisión cuenta con un plazo de 45 días para expedirse respecto al caso planteado. La Comisión cuenta con potestades para imponer sanciones económicas, disolver o reestructurar empresas y prohibir la participación de individuos en asociaciones profesionales o comerciales; sus decisiones pueden ser apeladas ante la Suprema Corte de Justicia. Además, puede determinar excepciones a la ley de competencia: a modo de ejemplo, se requiere una justificación de la Comisión a fin de que el Estado pueda conceder un monopolio a privados o autorizar una práctica prohibida por la ley de competencia.

⁴ De hecho, en los 30 años de funcionamiento de la Oficina, se impusieron sólo 73 multas por un monto total de un millón de dólares, siendo la multa promedio de 13.500 dólares.

Finalmente, las Comisiones Preventivas son órganos consultivos que tienen la función de asesorar a individuos, empresas y entidades gubernamentales en materia de prácticas competitivas. Las Comisiones pueden asimismo requerir que la Oficina del Fiscal inicie investigaciones y puede emitir órdenes para dar término a una conducta que considera ilegal.

Esta arquitectura ha sido recientemente modificada (noviembre de 2003), creándose el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que reemplazó a las Comisiones Preventivas y Resolutiva Antimonopolios. Este Tribunal es un tribunal especial, colegiado, asimilable a una sala de la Corte de Apelaciones, dedicado exclusivamente a materias de competencia, integrado por tres abogados y dos economistas, todos expertos en competencia, quienes tienen el rango de Ministros.

La política de competencia en la práctica: Si bien las prácticas colusivas horizontales han sido investigadas y sancionadas desde los años 1970s (incluso la Fiscalía ha recopilado información sobre homogeneidad de precios en los mercados para detectar posibles arreglos anti - competitivos), los órganos de competencia han prestado más atención a los acuerdos verticales entre agentes en distinta posición de la cadena de distribución o producción. Durante la mayor parte del período de aplicación de la ley, las autoridades tendieron a prohibir automáticamente las restricciones y prácticas verticales, sin considerar si tales prácticas tenían justificación desde el punto de vista de la eficiencia económica. La creciente atención de las autoridades chilenas por la “eficiencia económica” en detrimento de otros objetivos en los últimos años se reflejó, por ejemplo, en la aprobación en 1992 del sistema de distribución exclusiva implementado por Daihatsu. Las autoridades de competencia entendieron que el mercado de automóviles chileno era tan competitivo que no había riesgo posible de abuso de una posición monopólica.

El dictamen de la Comisión Antimonopolios en 2001 respecto a la política de fijación de precios mínimos de Toyota constituye otro ejemplo interesante de aplicación de la ley de

competencia en Chile. Toyota fijó un precio de venta mínimo para sus repuestos originales. La Comisión Antimonopolios entendió que tal práctica estaba justificada por consideraciones de eficiencia y que en el mercado de automóviles existía una competencia vigorosa. No obstante, dictaminó que los consumidores no tenían opción alguna en la compra de repuestos originales y que, en este caso, los beneficios en términos de eficiencia, si bien existían, eran insuficientes, por lo que se optó por prohibir tal práctica.

B. Costa Rica

Reseña histórica: A partir de los años ochenta, Costa Rica atravesó un período de profundas reformas económicas, entre las que se destacan la apertura externa, la eliminación de la mayor parte de los controles de precios y la desregulación del sector financiero. Estas reformas no han significado, empero, una retirada masiva del Estado de la actividad económica. Costa Rica ha contado tradicionalmente con un aparato estatal muy fuerte como proveedor de servicios públicos e incluso de ciertos bienes de consumo final e intermedios, lo que se ha mantenido incluso luego del proceso de reformas. En consecuencia, este país presenta una situación bastante particular en términos de legislación y políticas de competencia: se han instrumentado diversas políticas tendientes a mejorar el funcionamiento de los mercados, pero manteniendo monopolios públicos que no están sujetos al marco legal antimonopolio y a la legislación en materia de competencia (CEPAL, 2002).

Las condiciones de competencia están respaldadas por el artículo 46 de la Constitución costarricense, que prohíbe los monopolios de carácter privado y las prácticas que “...restrinjan la libertad del comercio, la agricultura o la industria”. Este artículo protege asimismo el derecho de los consumidores y apoya a los organismos que éstos constituyan para la defensa y promoción de sus derechos. No obstante, la defensa de las condiciones de competencia se legisló de manera más precisa y efectiva a través de la

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (N° 7472), promulgada en 1995.⁵

Contenidos centrales de la ley: La ley de competencia costarricense se orienta a proteger los intereses y derechos de los consumidores y promover la libre competencia mediante la prohibición de prácticas monopolistas y otras que puedan restringir el funcionamiento de los mercados, así como la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas. En concreto, la ley prohíbe las prácticas monopolísticas, las concentraciones y la competencia desleal.

El artículo 11 de la ley define las prácticas monopolísticas absolutas como los actos, contratos o convenios entre competidores, cuyo objeto o efecto sea el de fijar o manipular precios de bienes o servicios; establecer limitaciones a la producción; dividir o distribuir, segmentos de un mercado; y concertar o coordinar las ofertas o la abstención en licitaciones, concursos, remates o subastas públicas. Este tipo de prácticas son nulas de pleno derecho, están prohibidas bajo cualquier circunstancia y se consideran ilícitas per se. Por otra parte, la ley considera también las prácticas monopolísticas relativas, definidas como los actos, los contratos o los convenios cuyo objeto o efecto sea el desplazamiento indebido de otros agentes del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas. A diferencia de lo que ocurre con las prácticas monopolísticas absolutas, en este caso es necesario probar que el agente económico que comete la práctica tiene poder sustancial en el mercado relevante y que la práctica tiene o puede tener el objeto o el efecto de desplazar indebidamente o impedir sustancialmente el acceso de otros agentes al mercado.

La concentración es definida en el artículo 16 de la ley como “... la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto.....entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia

⁵ El antecedente más importante de una legislación en materia de competencia en Costa Rica había sido la Ley de Defensoría del Consumidor, promulgada en 1975. No obstante, esta ley nunca llegó a operar en la práctica.

o la libre competencia...". En la investigación de las concentraciones se deben seguir ciertos criterios para determinar si las empresas que incurren en este tipo de actos adquieren un poder de mercado relevante, en cuyo caso dichas conductas se reputan prohibidas.

Finalmente, la ley prohíbe los actos entre los agentes económicos que resulten "...contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados". Esos actos son prohibidos cuando generen confusión respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores; se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial o los productos de un competidor; y se acuda al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación de las marcas, nombres comerciales, envases y demás elementos distintivos correspondientes a bienes o servicios propiedad de terceros. También se prohíben los actos o demás comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores.

Marco institucional: La Comisión para Promover la Competencia es la principal autoridad de competencia en Costa Rica. Es el organismo encargado de velar por la aplicación de la ley de competencia, con facultades preventivas y sancionatorias. Se trata de un órgano autónomo adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Está conformada por cinco miembros titulares y cinco suplentes, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministerio. Entre los cinco miembros titulares debe haber obligatoriamente un economista, un abogado y dos profesionales más especializados en temas de competencia. Las funciones de la Comisión incluyen, en primer término, la promoción de la competencia a través de la difusión de la información sobre las condiciones de competencia de los mercados y sus beneficios. En segunda instancia, le corresponde la prevención de las prácticas anti – competitivas mediante la evaluación de reglamentos, leyes, acuerdos y otros actos administrativos así como también emitiendo opiniones sobre determinadas conductas de los agentes económicos. En tercer lugar, debe

investigar de oficio o por denuncia los casos de prácticas anti – competitivas. Para cualquier agente económico que presente una denuncia o cuando se conocen investigaciones de oficio, la instancia administrativa ante la Comisión es obligatoria y de previo agotamiento, para acudir a la vía judicial. La Unidad Técnica de Apoyo, un órgano conformado por economistas, abogados, especialistas en administración de empresas que brinda asistencia a la Comisión, realiza una investigación preliminar de los hechos para determinar si existen indicios que justifiquen la apertura de un procedimiento administrativo y eleva un informe a la Comisión. Si, como resultado del análisis, ésta concluye que existen indicios de prácticas anti - competitivas, se inicia un procedimiento administrativo sancionatorio cuyo órgano director es la Unidad Técnica de Apoyo. El procedimiento se tramita mediante una comparecencia oral y privada ante la Unidad Técnica de Apoyo, en la cual se admite y evacua toda la prueba y alegatos de las partes. Terminada la comparecencia, la Comisión debe dictar el acto final dentro del plazo de quince días contado a partir de la fecha de la comparecencia. El procedimiento administrativo debe concluirse dentro de los dos meses posteriores a su iniciación, plazo que puede prorrogarse por otros dos meses. La Comisión puede exigir la desconcentración total o parcial del mercado y puede imponer multas de hasta 410 veces el salario mínimo nacional a las empresas que incurran en prácticas anti – competitivas y de hasta 75 veces el salario mínimo nacional a las personas físicas que participen en dichas prácticas. Estas resoluciones pueden impugnarse ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La política de competencia en la práctica: En el año 2000, ante la presencia de indicios de un presunto acuerdo entre varias empresas curtidoras para fijar el precio máximo para la compra de cuero, la Comisión para Promover la Competencia procedió a abrir un procedimiento administrativo ordinario contra las empresas y sus representantes por la realización de posibles prácticas contrarias al artículo 11 de la ley de competencia, que establece las prácticas monopolísticas absolutas. Como resultado de la investigación, la Comisión decidió sancionar a todas las partes denunciadas, tanto a las personas jurídicas como a las físicas, por considerar que la fijación de un precio máximo entraba dentro de las conductas prohibidas per se por la ley. Las multas impuestas fueron de 2 a 55 salarios

mínimos. En otro caso, la Comisión abrió un procedimiento administrativo ordinario en ocasión de la venta por parte de la Comisión de Festejos Populares de los derechos exclusivos de transmisión de los festejos de fin de año de 1999 a cuatro empresas televisivas. Entre los fundamentos que manejó para dar curso al procedimiento, la autoridad de competencia consideró que tal acto podía implicar la supuesta distribución del mercado entre las televisoras, la presunta fijación de las tarifas y un supuesto acuerdo en la licitación por los derechos de transmisión. Como resultado de la investigación, la Comisión absolvió a las cuatro televisoras por entender que la oferta de cada uno de los agentes económicos participantes no violaba lo dispuesto en la ley, que prohíbe la concertación o coordinación de las ofertas de los competidores entre sí, siendo que en este caso no existió una oferta por cada agente, sino una única oferta presentada por un grupo de empresas. No obstante, la Comisión consideró que la administración está en capacidad de estipular las condiciones del cartel o pliego de condiciones y puede no autorizar aquellas ofertas que puedan serle perjudiciales. En consecuencia, recomendó a la Comisión de Festejos Populares que promoviera la participación del mayor número de participantes posibles en este tipo de licitaciones con el fin de que la competencia entre éstos permita que la Administración tenga un mayor número de opciones para satisfacer sus intereses.

C. Irlanda

Reseña histórica: La primera ley de competencia irlandesa, la Ley de Prácticas Restrictivas, data de 1953. El propósito de la norma era la protección del comercio “justo” y el control de los abusos en general, pero no prohibía prácticas o conductas específicas. Como resultado de la implementación de un programa de reformas y políticas basadas en la promoción de la libre competencia y la eficiencia económica desde mediados de los años ochenta, una nueva “cultura de la competencia” emergió en Irlanda. En este contexto, en 1991 se promulgó la Ley de Prácticas Restrictivas, que prohibía los acuerdos restrictivos y el abuso de posiciones de dominio en el mercado, y creó una nueva Autoridad de Competencia. Sin embargo, los medios dispuestos por la ley para instrumentar estas prohibiciones fueron insuficientes, y la implementación de la ley

resultó poco efectiva. Esta falta de efectividad dio lugar a crecientes debates en el seno de la sociedad irlandesa en torno a la necesidad de modificar la ley vigente y, en particular, de dotar de mayores poderes y autonomía a la autoridad de competencia. Como consecuencia, en 1996 se aprobó una Ley (Enmienda) de Competencia que no sólo amplió las facultades y la independencia de la Autoridad de Competencia, sino que determinó que todas las violaciones a la ley serían susceptibles de persecución judicial, con sanciones que incluían desde multas a penas de prisión. Finalmente, en abril de 2002 se aprobó una nueva Ley de Competencia que extendió aún más los poderes de la Autoridad de Competencia y endureció las penas previstas para ciertas conductas. Como resultado, la legislación irlandesa se encuentra actualmente entre las más severas de la OCDE.

Contenidos centrales de la ley: La ley de competencia irlandesa se inspira en la legislación en materia de competencia contenida en el Tratado de Roma.⁶ En la enunciación de propósitos, se establece que se prohíben, “...en interés del bien común”, aquellas actividades que restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante. En particular, se prohíben y se reputan nulos aquellos acuerdos que fijen directa o indirectamente precios de venta u otras condiciones de comercialización; limiten o controlen la producción, los mercados, el desarrollo técnico o la inversión; se distribuyan o repartan mercados; apliquen condiciones disímiles a transacciones equivalentes; y sujeten la celebración de contratos a la aceptación por parte de los demás contratantes de cualquier obligación suplementaria que no tenga relación con la naturaleza del contrato celebrado. En caso de verificarse acuerdos o prácticas que contravengan esta prohibición, las empresas o individuos responsables de las mismas serán susceptibles de multas de hasta 4 millones de euros o del 10% de los ingresos anuales de la empresa o a un máximo de 5 años de prisión. Quedan exceptuados de la antedicha prohibición los acuerdos o actos que, pese a restringir la competencia, contribuyan a la producción o distribución de bienes o servicios o promuevan el progreso económico o tecnológico, beneficiando a los consumidores.

⁶ Particularmente en los Artículos 81 (anteriormente, 85) y 82 (anteriormente, 86) del mencionado tratado.

En segundo término, la ley prohíbe todo abuso por parte de una o más empresas de una posición dominante de mercado. Tal abuso puede consistir en la imposición de precios de compra o venta u otras condiciones de comercialización; la limitación de la producción, los mercados o el desarrollo técnico a fin de perjudicar a los consumidores; la discriminación de los terceros contratantes, aplicándoles precios o condiciones desiguales respecto de prestaciones equivalentes; o la sujeción de la celebración de contratos a la aceptación por parte de los demás contratantes de obligaciones que no tengan relación con la naturaleza del contrato. Las multas máximas imponibles en caso de verificarse este tipo de prácticas son de 4 millones de euros o del 10% de los ingresos anuales de la empresa.

Por último, la ley promueve el control, también “en interés del bien común”, de ciertas fusiones o adquisiciones, prohibiéndose aquellas que resulten en sustancial menoscabo de la competencia en el mercado. Se establece la obligatoriedad de notificar a la Autoridad de Competencia los detalles de las fusiones propuestas en caso de que los ingresos de las empresas superen cierto umbral, o en aquellos casos en que las autoridades así lo dispongan en aras del “interés común”. La Autoridad de Competencia tiene la potestad de autorizar o prohibir las fusiones propuestas, según considere que éstas entrañan sustancial menoscabo de la competencia o no.

No existen excepciones explícitas a la ley de competencia. En el caso de que otras normas permitan conductas que contravienen lo dispuesto por la ley de competencia (por ejemplo, leyes que autorizan a los monopolios estatales a incurrir en prácticas anti – competitivas), la aplicación de la ley de competencia estará subordinada a aquellas. La ley tampoco puede corregir acciones anti - competitivas adoptadas por las autoridades.

Marco institucional: La Autoridad de Competencia es el principal organismo encargado de la aplicación de la ley de competencia en Irlanda. Se trata de un organismo independiente (Parte IV, sec. 29) cuyas funciones incluyen el estudio de cualquier práctica o comportamiento que afecte la producción y distribución de bienes o servicios; llevar adelante investigaciones, sea por denuncias o de oficio, a fin de examinar conductas violatorias de la ley de competencia; asesorar al Gobierno y a los Ministros de

Estado en materia de legislación y política de competencia; y desarrollar tareas de información y difusión pública en asuntos vinculados a la política de competencia. Asimismo, puede procurar la imposición de multas y sanciones ante conductas violatorias de la ley, en cuyo caso debe recurrir a la Justicia ordinaria, que es finalmente la encargada de fallar en esta materia. La Autoridad cuenta con 5 miembros directivos y un staff de 33 economistas, abogados y demás personal técnico, y si bien es independiente en materia de actuación, depende a efectos presupuestales del Departamento de Comercio, Empresas y Empleo.

La política de competencia en la práctica: En el año 2002, la Autoridad de Competencia inició una investigación acerca de las prácticas de fijación de precios en la industria de diarios irlandesa. Como resultado de la investigación, el organismo expresó públicamente su preocupación por la existencia de evidencia indicando que algunos diarios recurrían a prácticas de imposición de precios mínimos de venta. Los imputados se comprometieron a introducir cambios en su sistema de distribución y a indicar claramente que los precios que figuran en la tapa de los diarios constituyen precios recomendados pero de ninguna manera obligatorios. Conforme con las medidas correctivas propuestas, la Autoridad declinó continuar sus investigaciones y levantar cargos formales contra los imputados. También en el año 2002, la Autoridad inició una investigación ante denuncias de que la empresa de telefonía móvil Vodafone, que detentaba una participación de mercado del 57%, había dispuesto un incremento en el precio de sus servicios de telefonía celular que redundaría en una reducción en los márgenes de utilidad de los proveedores minoristas. Los denunciante argumentaban que el aumento de precios dispuesto por Vodafone imponía en los hechos una reducción en los beneficios de los proveedores minoristas, lo que constituía un abuso de posición dominante y podría eventualmente redundar en una menor competencia en el mercado. Luego de la investigación, la Autoridad de Competencia concluyó que no había evidencia de que los menores márgenes resultantes fueran excesivamente bajos ni de que la decisión de Vodafone pudiera menoscabar la competencia, puesto que había en el mercado un número suficiente de proveedores de servicios de telefonía móvil. Por consiguiente, las denuncias contra Vodafone fueron desestimadas.

D. Nueva Zelanda

Reseña histórica: Hasta 1984, la economía neozelandesa permaneció relativamente cerrada, caracterizada por altos niveles de protección comercial, considerable regulación de la producción, un peso marcado del sector público en la provisión de servicios y la existencia de controles de precios y monopolios consagrados por ley. Luego del ascenso al gobierno del Partido Laborista en 1984, el país emprendió un programa de reformas de cuño liberal sustentado en las nuevas teorías microeconómicas (*public choice theory*, teoría del agente principal, teorías de costos de transacción). La principal expresión legal de esta nueva política de competencia fue la Ley de Comercio de 1986, sometida posteriormente a modificaciones menores en 1990, 1996 y 2001.

Contenidos centrales de la ley: El objetivo primordial de la ley de competencia es el de promover “el beneficio de los consumidores neocelandeses en el largo plazo”. La ley se estructura en torno a dos grandes ejes temáticos: las prácticas comerciales anti – competitivas y la regulación de las fusiones y adquisiciones. La Segunda Parte de la ley prohíbe los acuerdos entre competidores que reduzcan notoriamente la competencia en los mercados, que restrinjan la operatoria de otras firmas o que lleven a la fijación de precios. A fin de establecer si la competencia en el mercado se ve limitada por prácticas comerciales concretas de las empresas, la autoridad de competencia debe evaluar el impacto de tales prácticas sobre la capacidad de otras empresas para competir en el mercado y la capacidad de potenciales competidores para entrar al mercado. Por su parte, a fin de impedir la celebración de acuerdos que contengan cláusulas que limiten la posibilidad de los rivales de los contratantes de adquirir o proveer bienes o servicios, deben configurarse tres elementos: debe existir un acuerdo entre empresas o personas, dos más de las cuales están en competencia (o lo estarán probablemente en un futuro); el acuerdo celebrado entre las partes debe tener el propósito de excluir, evitar, restringir o limitar la provisión o adquisición de bienes o servicios a una tercera parte; y la parte excluida debe estar en competencia (o lo estará probablemente en un futuro) con al menos uno de los celebrantes del acuerdo. Asimismo, se establecen disposiciones que prohíben que una empresa aproveche su posición de mercado a fin de restringir la entrada

de nuevas empresas, reducir la competencia o eliminar a sus competidores. La ley no prohíbe que una persona o empresa detente un considerable poder de mercado en sí, sino que lo que se establece es el carácter ilegal de utilizar esa posición de mercado para restringir la entrada de potenciales competidores en el mercado, evitar que otras firmas o personas se involucren en prácticas competitivas en el mercado en cuestión o en otros mercados o para eliminar a los competidores del mercado en cuestión o de otros mercados. Pese a estas disposiciones, la ley faculta a la autoridad de competencia a autorizar prácticas comerciales anti – competitivas si éstas pueden redundar en beneficio público. La Tercera Parte de la ley, en tanto, prohíbe las fusiones y adquisiciones que “reduzcan sustancialmente la competencia”. A fin de evaluar el impacto de la fusión, la autoridad de competencia deberá considerar tanto el poder de mercado que adquirirá la nueva empresa como qué ocurriría a la competencia en el mercado si un competidor fuera eliminado. Además, deberá considerar si la fusión redundará en un beneficio al público que pudiera exceder cualquier perjuicio resultante de la consolidación de esta posición dominante.

Marco institucional: A fin de velar por el cumplimiento de la ley, se instituyó una Comisión de Comercio como órgano independiente del gobierno con funciones regulatorias y cuasi-judiciales. Ésta cuenta actualmente con un staff de 41 personas, entre ellos 3 economistas y 4 abogados (además de recurrir eventualmente a consultores externos) y un presupuesto anual de 3.8 millones de dólares estadounidenses. La Comisión monitorea los mercados y recibe información del público y de empresas, y en función de la información recabada conduce investigaciones a fin de detectar eventuales violaciones de lo dispuesto en la ley. En términos generales, las investigaciones se centran en asuntos respecto a los cuales la información disponible indica que existe un perjuicio significativo infligido a los consumidores, otras empresas o la competencia en un mercado específico o mercados relacionados; la naturaleza del comportamiento bajo estudio es en sí mismo riesgoso o entraña potenciales violaciones de la ley; o el comportamiento bajo estudio se da en un área considerada de prioridad estratégica para la Comisión. La Comisión cuenta con un plazo de 60 días para dirimir la investigación. En caso e detectarse prácticas que efectivamente contravengan la ley de competencia, la

Comisión puede recurrir tanto a resoluciones administrativas como a acciones penales. Las decisiones de la Comisión en cuanto a la forma de proceder en esta circunstancia dependerán de las condiciones específicas del caso y de la seriedad de la violación constatada, teniéndose en cuenta el impacto de la misma sobre los consumidores, otras firmas o la competencia en sí misma, así como también la naturaleza del comportamiento analizado y la fuerza de la evidencia disponible. Entre las medidas a disposición de la Comisión se cuentan: la emisión de una recomendación o una advertencia a una entidad que haya violado la ley o esté en riesgo de incurrir en incumplimiento de forma inadvertida o no significativa, señalándole cuál es el comportamiento que debe adoptar de acuerdo a la legislación vigente; la instrumentación de negociaciones en las que la entidad en cuestión reconozca su incumplimiento, acuerde modificar su comportamiento y se comprometa formalmente a tomar las medidas correctivas necesarias; o la adopción de acciones legales. Por esta vía, la Comisión puede procurar imponer sanciones pecuniarias a una empresa que pueden ser alternativamente de hasta 10 millones de dólares neocelandeses, de tres veces el valor de cualquier ganancia comercial actual o esperada resultante de la violación de la ley, o del 10% de los ingresos de la empresa y de las empresas a ella vinculadas en caso de que la ganancia resultante de la violación sea desconocida. Asimismo, puede buscar la exclusión de personas particulares de la dirección de una empresa, imponer órdenes judiciales que impidan comportamientos que impliquen violación de la ley por parte de empresas o personas o imponer medidas alternativas, incluyendo la posibilidad de modificar contratos que impliquen violación de la ley de competencia. Las decisiones de la Comisión en esta materia pueden ser apeladas ante la Suprema Corte y la Corte de Apelaciones.

La política de competencia en la práctica: En los últimos años se introdujeron una serie de reformas microeconómicas a efectos de incrementar la competencia en algunos mercados específicos. Los servicios públicos han sido objeto de normas particulares que complementan las disposiciones contenidas en la ley de competencia. Así, por ejemplo, La Ley de la Industria de la Electricidad de 2001, busca promover el desarrollo por parte de la industria de soluciones que aseguren que la electricidad sea provista por las empresas del sector de manera eficiente, justa, confiable y ambientalmente sostenible a

todos los consumidores. Si bien se concibe a la industria de electricidad como un sector esencialmente autorregulado, la ley faculta al gobierno a intervenir, regular e imponer precios y condiciones en caso de que la industria no cumpla con estos objetivos. Asimismo, la Ley de Telecomunicaciones de 2001 busca "...promover la competencia en el mercado de telecomunicaciones en aras del beneficio de largo plazo de los usuarios de servicios de telecomunicaciones en Nueva Zelanda...". El beneficio de los consumidores es entendido en términos de "menores precios, una mayor calidad de los servicios y un mayor espectro de opciones disponibles". La ley alienta a la industria a alcanzar acuerdos negociados para la prestación del servicio, pero establece que ciertos servicios pueden ser objeto de regulación si esto diera lugar a beneficios económicos netos para el país. Se exigirá a los proveedores de servicios regulados que provean los servicios a toda persona que desee el acceso a los mismos, y en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en cuanto a los términos del acceso, la Comisión de Comercio está facultada para resolver las disputas que surjan. Recientemente, además, el gobierno neocelandés ha emprendido además investigaciones respecto de las prácticas de competencia en otros sectores de infraestructura como el del gas y los aeropuertos.

Más allá de estos sectores, otros mercados considerados relevantes han sido objeto de legislación en materia de competencia. Así, la Ley de Reestructura de la Industria Láctea de 2001 autoriza la fusión de las dos principales cooperativas lácteas del país en una nueva empresa, e instrumenta un conjunto de medidas destinadas a reducir el riesgo resultante del considerable poder de mercado de ésta y a estimular la operativa eficiente del mercado lácteo hasta que surja competencia en el sector. La ley establece la posibilidad de regular el mercado lácteo por parte del gobierno, de imponer controles y obligaciones a la nueva empresa, de obligar a ésta a publicar periódicamente información de interés (volumen de leche procesada, estimaciones de producción, ingresos y beneficios) y garantiza el acceso de productores independientes a los insumos necesarios para poder competir en el mercado lácteo. En el mismo sentido, la nueva Ley de Reestructura de la Industria de Manzanas y Peras prevé la liberalización de ciertas restricciones vigentes a la exportación de frutas.

E. En síntesis

La revisión de las experiencias en cuatro economías pequeñas y “exitosas” arroja algunas lecciones relevantes. En primer lugar, todos los países cuentan con legislaciones de competencia relativamente detalladas y de amplia cobertura, en las que se asume que su protección y promoción son principios generales básicos, y que las excepciones o exclusiones deben ser establecidas por la ley y/o justificadas debidamente por las autoridades públicas que las consideren necesarias. En los cuatro países mencionados, la legislación contiene medidas que permiten a las autoridades monitorear y eventualmente limitar la concentración de mercado a través de fusiones y adquisiciones. Si bien la efectividad de dichas medidas ha sido desigual entre países y a lo largo del tiempo, la tendencia es claramente a fortalecer la capacidad de las autoridades para controlar las concentraciones que pudieran distorsionar la competencia en los mercados nacionales. Además, en los cuatro países existen, o han existido en etapas tempranas de implementación de la ley, un conjunto de comportamientos prohibidos *per se*. Esto limita el espacio para la interpretación de la norma por las autoridades encargadas de su cumplimiento, y de ese modo fortalece la posición de autoridades relativamente débiles que debieran enfrentar prácticas anticompetitivas de poderosos grupos económicos.

En segundo lugar, los cuatro países vienen trabajando para establecer autoridades de competencia independientes y con fuerte capacidad técnica y administrativa para conducir investigaciones, llevar adelante procesos complejos ante actores poderosos, e imponer sanciones significativas a las violaciones de la ley. En tercer lugar, más allá de compartir esos componentes básicos (legislación y arquitectura institucional apropiadas), no hay un modelo de legislación o mecanismos institucionales que sirvan para todos los casos. Cada país ha diseñado un conjunto de disposiciones legales e instituciones que se adecuan a su marco jurídico más amplio, a las capacidades de sus diversos órganos de gobierno, y a las realidades de sus mercados.

En cuarto lugar, la legislación de competencia ha sido introducida en esos países en secuencia diversa respecto el proceso de privatizaciones, e incluso los países donde las

privatizaciones han tenido un alcance tan limitado como en Uruguay (i.e., Costa Rica) han optado por un avance independiente y relativamente profundo en la legislación para proteger y promover la competencia. En quinto lugar, aún en los países más avanzados, las autoridades de competencia deben fijar prioridades y decidir –con más o menos flexibilidad dentro del marco de la ley—en qué sectores, tipo de prácticas o configuración de actores, centrar su acción de investigación y fiscalización, sin perjuicio de que el fortalecimiento de sus capacidades les permita ir extendiendo progresivamente su campo de actuación. Estas lecciones se retoman en la sección final, al examinar la situación de Uruguay y los posibles déficits del marco jurídico e institucional existente.

3. Política de competencia y desarrollo: importancia, mitos y componentes básicos

Los argumentos estándar a favor de la promoción de la competencia no son novedosos. Desde un punto de vista de eficiencia, es de esperar que la competencia entre proveedores y compradores en mercados de bienes o servicios genere *eficiencia estática* por la asignación de los recursos a sus fines más productivos, permitiendo la comercialización de bienes y servicios de calidad a los mínimos precios que hacen viable su producción, y *eficiencia dinámica* a través del estímulo a la innovación y el cambio tecnológico que generan la pugna por participación de mercado entre competidores existentes y posibles entrantes (e.g., Cernat y Holmes, 2004). Las prácticas anticompetitivas que inhiben estas ganancias son tan diversas como los propios mercados. Ellas incluyen prácticas “horizontales” (carteles de fijación de precios, acuerdos entre empresas para segmentar mercados, o colusión en las licitaciones), las prácticas “verticales” (imposición de precios de reventa, ventas ligadas, o fijación de precios predatorios), los mecanismos que posibilitan o promueven la concentración (barreras arbitrarias a la entrada de actores al mercado, u obstáculos a su competitividad), y los abusos de posición dominante (Jenny, 2003).

Sin embargo, esas barreras a la competencia no sólo tienen efectos de eficiencia sino que también inciden en las oportunidades de acceso a los recursos económicos por parte de

potenciales aspirantes a su producción o consumo. Por ejemplo, cuando una corporación profesional impone alguna barrera arbitraria para el ingreso de nuevos candidatos al mercado, no solo está apropiándose de una renta por la reducción del número de oferentes, sino que también está generando una forma de discriminación (tan arbitraria como las barreras impuestas) en el acceso a oportunidades de ocupación productiva.⁷ Cuando se tiene en cuenta que para limitar el ingreso de otros oferentes o demandantes, o para imponer condiciones arbitrarias de operación de un mercado, usualmente es necesario ser parte de él y haber acumulado un cierto poder económico, se aprecia que las consecuencias de *equidad social* de las prácticas anticompetitivas pueden también ser sumamente significativas.

En grandes rasgos, la política de competencia es la estrategia de un estado para promover la mayor competencia posible y razonable en los diversos mercados de una economía, atendiendo a los objetivos de eficiencia económica y otros objetivos sociales que puedan ser adoptados como relevantes. Uno de los componentes principales de la política de competencia es la legislación sobre competencia, o legislación *anti-trust* en el léxico anglosajón. Mientras ésta última tiende a enfocarse en el comportamiento de los actores privados, la primera comprende más ampliamente las prácticas privadas y estatales que determinan la factibilidad e intensidad de la competencia (Hoekman y Holmes, 1999). Tirole (1999), por ejemplo, identifica como componentes adicionales de una política de competencia –además de la legislación anti-trust y la regulación— a los mecanismos para la protección y cumplimiento de los contratos, la legislación y práctica judicial relativa a la quiebra, los acuerdos bilaterales y multilaterales de comercio internacional, y la abogacía de la competencia por otras agencias públicas u organizaciones privadas.

⁷ Nótese que la clave aquí es el calificativo “arbitrario”. Nada de lo expuesto debería hacer concluir que no existan justificativos para la limitación en el ejercicio de ciertas profesiones a individuos que cumplan con ciertos requisitos que garanticen la calidad del servicio en mercados donde existen asimetrías de información. Tal es el caso cuando se exigen acreditaciones especiales para ejercer la medicina. Sin embargo, la exigencia de un curso de unos pocos meses, con mecanismos de evaluación de dudoso rigor, para el ejercicio de una profesión como la de director técnico de fútbol, ingresa en el área gris que separa lo razonable de lo arbitrario, mientras que una limitación meramente cuantitativa al número de actores autorizados a operar en un mercado ingresaría mucho más decididamente en la segunda categoría.

Aunque una definición de *competitividad* que la asimile con “eficiencia dinámica” podría ser suficiente para justificar el interés en las políticas y legislación de competencia, una definición que destaque la capacidad de organizaciones económicas locales de colocar sus productos y desarrollarse en mercados internacionales progresivamente más integrados proporciona motivaciones adicionales para su estudio. Las prácticas anti-competitivas (AC) pueden impactar negativamente sobre la competitividad (-C) de los agentes económicos locales por diferentes vías:

[AC-C1] Para integrarse y consolidar una posición en mercados externos, los exportadores requieren, además de su propia eficiencia, que se les proporcionen insumos de manera confiable (en calidad, plazos, continuidad) y a precios razonables. Las prácticas anti-competitivas en los mercados de factores o de insumos, o en algún eslabón de la cadena de abastecimientos de los exportadores, los vuelven menos competitivos que productores de bienes y servicios similares en los países de destino o en otras economías que compitan por los mismos mercados.

[AC-C2] Por la vía de políticas de precios predatorios, impidiendo el ingreso al mercado o el acceso a algún insumo o canal de distribución, o imponiendo condiciones arbitrarias para adquirir bienes de ciertos proveedores, nuevos agentes o actores ya establecidos en el mercado doméstico pueden poner fuera de circulación a empresas con potencial exportador, o que tendrían capacidad de abastecer al mercado nacional con productos de calidad y a precios que de otro modo serían competitivos.

[AC-C3] La ausencia de un marco claro de políticas de competencia, respaldada por una legislación adecuada y una aplicación transparente y eficaz de la misma, pueden inhibir la inversión extranjera directa. Esto podría responder tanto al temor de que las políticas empresariales del inversor extranjero sean cuestionadas arbitrariamente como anti-competitivas (véase, por ejemplo, la discusión sobre ventas ligadas, o franchising, en CADE, 2004), como a la perspectiva de que la operación de un nuevo emprendimiento pudiera estar afectada por las prácticas descritas en [AC-C1] o [AC-C2]. De este modo, la carencia de un marco político y legal de competencia

adecuado puede retrasar o impedir el desarrollo de sectores, empresas o proyectos competitivos que podrían beneficiarse de la inversión extranjera.

[AC-C4] Países que carecen de una legislación adecuada sobre competencia podrían de todos modos recibir inversión extranjera pero estar en condiciones adversas para promover la contribución de ésta a la competitividad de otros actores locales. Tal sería el caso si la ausencia de un marco jurídico apropiado permitiera a grandes poderes económicos desarrollar comportamientos “predatorios”, o posibilitara la negociación de la instalación en el país a cambio de privilegios arbitrarios para el inversor extranjero (sobre la progresiva aparición de sistemas de “duales” de reglas de inversión en países en desarrollo, con privilegios excesivos para el inversor extranjero, véase Mann y von Moltke, 2004).

Vale la pena destacar que, para tener efectos negativos sobre la competitividad, no es necesario que las prácticas anti-competitivas se registren en sectores de insumos claves y difundidos como podría ser, por ejemplo, el sector energético. Sin dudas que barreras a la competencia que determinen sobre-precios o fallas en el suministro de calidad apropiada en ese tipo de insumos hacen a sus usuarios menos competitivos que otros productores que no enfrenten dichos obstáculos. Sin embargo, la relación negativa entre competencia y competitividad puede provenir de la operación de sectores menos visibles. Por ejemplo, monopolios de importación en ciertos bienes de consumo concentrado pero significativos para la actividad hotelera o gastronómica, o la falta de competencia en el transporte aéreo de pasajeros, que quizás resulte poco visible para las grandes masas de consumidores y otros actores nacionales, podrían afectar negativamente al sector de turismo receptivo.

En un sentido inverso pero igualmente dañino para la competitividad, prácticas anti-competitivas en el transporte terrestre de mercancías, en los seguros, o en el sistema financiero, podrían afectar a conjuntos diversos de sectores o empresas, creando potencialmente una pérdida generalizada de competitividad relativa, o un “costo país” de origen diverso al usualmente enfatizado en los análisis que vinculan ese concepto

exclusivamente a la acción del estado.⁸ Por último, la eliminación de actores potencialmente competitivos no necesariamente debe darse por la acción de sus proveedores o competidores directos, sino incluso por la de sus compradores. Tal sería el caso, por ejemplo, si grandes intermediarios comerciales (e.g., cadenas de supermercados, o traders internacionales) impusieran condiciones arbitrarias a sus abastecedores, que hicieran inviable la operación de aquellos con un producto de calidad y precios competitivos pero quizás sin suficiente poder financiero.⁹

Como se verá más adelante, las políticas de competencia han sido relegadas, o inadecuada e insuficientemente enfatizadas en las agendas de reformas que en las últimas décadas han sido ofrecidas a países como los latinoamericanos. Una de las posibles razones para dicha omisión tiene que ver con la percepción –incorrecta, como se explica enseguida—de que economías en desarrollo abiertas al comercio internacional y a la inversión extranjera no necesitarían asignar recursos a establecer marcos jurídicos e institucionales para proteger y promover la competencia. Por el contrario, la experiencia de países en desarrollo muestra que las políticas de competencia se han vuelto *más* necesarias y urgentes luego de los procesos de liberalización de las últimas décadas. Algunas de las razones de la urgencia son las siguientes:

[U1] la misma apertura y liberalización de la inversión hace urgente mejorar la competitividad de los actores económicos locales, que depende de las condiciones de competencia en diversos mercados nacionales (e internacionales), como se vio más arriba;

[U2] la apertura comercial y a la inversión extranjera expone a los países a nuevas amenazas de prácticas anticompetitivas; además de los abusos de posición dominante por nuevos entrantes a los mercados (incluso las que se dan basadas en derechos de propiedad intelectual) o por los proveedores nacionales establecidos (por ejemplo, a través de acuerdos de distribución exclusiva), la rebaja de aranceles o eliminación de

⁸ Nótese que en este caso el “costo país” surgiría de la omisión, más que de la acción, del sector público, y las rentas originadas de ese modo son apropiadas exclusivamente por operadores privados.

cuotas de importación no impiden por sí solas los arreglos colusivos para fijar precios de venta en el mercado interno (Cernat y Holmes, 2004);

[U3] existe evidencia de que los carteles internacionales, que extraen rentas monopólicas de la venta a sobre-precios adaptan su comportamiento en los mercados globales atacando prioritariamente a los países que carecen de una adecuada legislación competencia (Clarke y Evenett, 2003); de manera similar, países más abiertos al comercio internacional se vuelven vulnerables a los efectos anti-competitivos de las fusiones y adquisiciones realizadas fuera de sus fronteras;

[U4] la eliminación de precios controlados o la desregulación abre la posibilidad de que se desarrollen nuevas prácticas anti-competitivas por actores que tenían un poder de mercado pre-existente o por nuevos actores que ingresen a esos mercados;

[U5] la privatización y la desregulación de mercados donde previamente operaban monopolistas públicos requieren como complemento nuevos marcos de reglas de juego que eviten los abusos basados en el poder otorgado por la tecnología específica a los sectores (i.e., control de “facilidades esenciales” o “cuellos de botella”) o por la concentración de poder económico.

En gran medida debido a las razones expuestas en [U1-3], acuerdos internacionales sobre cooperación en la aplicación de legislación de competencia se vuelven cada vez más necesarios a medida que las economías se integran entre sí. Esto explica parcialmente la presencia de reglas sobre competencia en los acuerdos de integración regional, impulsadas –como en el caso del MERCOSUR—por las políticas de aquellos miembros más avanzados que perciben la necesidad de la cooperación internacional para hacer efectivas sus propias políticas nacionales (Tavares, 2001). Adicionalmente, existe un consenso creciente que las medidas anti-dumping y otras medidas de protección contingente deberían ser progresivamente reemplazadas en los acuerdos regionales por legislación de competencia, para minimizar su uso proteccionista por parte de empresas

⁹ Véase, por ejemplo, Reardon y Berdegué (2002) y Reardon et al. (2003).

afectadas por la competencia de importaciones, a la vez que proteger efectivamente a los productores afectados por prácticas desleales de comercio dentro del bloque (Leopardi Mello, 2001). En este sentido, se ha observado (Tavares, 2001) que la inadecuada regulación de competencia en el MERCOSUR es parcialmente explicada por el retraso relativo de algunos de sus miembros –en especial Paraguay y Uruguay—en la adopción de legislación adecuada y el establecimiento de instituciones para su cumplimiento.

Pero la introducción de marcos jurídicos para la protección y la promoción amplia de la competencia no solo es retrasada por la omisión en ciertas agendas influyentes sino también por la oposición (más o menos explícita o articulada) de quienes cuestionan su necesidad y prioridad para países pequeños en desarrollo. Consideremos en primer lugar los argumentos que cuestionan la deseabilidad y factibilidad de implementar instituciones de defensa de la competencia en *economías en desarrollo* (i.e., los “mitos de economía sub-desarrollada”, MSDs, adaptados libremente de Jenny, 2003):

[MSD1] La política de competencia podría dar lugar a nuevas formas de intervención del estado en la economía, aumentando las distorsiones y creando nuevas oportunidades para la corrupción.

[MSD2] La aplicación de la política de competencia podría forzar la desaparición de empresas no competitivas aumentando el desempleo. Una variante de esta objeción [MSD2'] establece que la competencia en general, y una política y legislación de competencia en particular, perjudicarían a los actores relativamente más débiles de los mercados, favoreciendo a los que ya son suficientemente fuertes como para competir.

[MSD3] La legislación de competencia sólo sería aplicable al sector formal, incrementando para éste las dificultades de operar y de competir con un extendido sector informal.

[MSD4] Los países que han sido exitosos en superar el subdesarrollo han basado parcialmente su éxito en el apoyo directo o indirecto al crecimiento de grandes empresas nacionales (“campeones nacionales”) que sería inviable con una legislación de competencia. Una variante de esta observación establece [MSD4’] que la competitividad descansa hasta cierto punto en la explotación de economías de escala, e inevitablemente estas llevan a cierta concentración de mercado.

[MSD5] La implementación de una política y legislación de competencia son costosas y por lo tanto sólo son accesibles a países con un relativamente elevado nivel de desarrollo.

Adicionalmente, existen al menos dos mitos específicos y relacionados que cuestionan la necesidad y el valor de la legislación y políticas de competencia en economías pequeñas y abiertas (i.e., “mitos de economía pequeña abierta”, MPAs).

[MPA1] Las economías pequeñas inevitablemente exhibirán altos niveles de concentración y por lo tanto la legislación de competencia tal como se la concibe habitualmente es inaplicable;

[MPA2] La política de competencia sería innecesaria en una economía pequeña y abierta ya que lo que se requiere para disciplinar a los actores y los mercados es una libre circulación de bienes y servicios, y libertad para la operación de la inversión extranjera.

Sin ignorar la posibilidad de que ciertos cuestionamientos públicos provengan en realidad de quienes verían amenazados sus privilegios ilegítimos, vale la pena examinar el mérito de cada una de estas objeciones, ya que suelen formar parte del debate sobre la necesidad y el valor de la política y legislación de competencia. Suponiendo que fueran bien intencionados, la mayoría de los cuestionamientos anteriores parten de una concepción errónea de los objetivos, modos de operación y resultados esperables de dicha política y legislación (Jenny, 2003).

En primer lugar, el objetivo de la política de competencia no es maximizar la competencia en todos los mercados y en todas las circunstancias. Como se verá, las excepciones y exclusiones son una parte crucial de un marco de competencia viable y eficaz. Dichas excepciones y exclusiones son usualmente justificadas, como ilustra la revisión de experiencias de la sección anterior, en base a la necesidad de conciliar el objetivo de eficiencia económica en sentido estricto (i.e., maximización del excedente del consumidor, o el excedente económico global) con otros objetivos “de interés general” (por ejemplo, promover la competitividad, facilitar la inclusión de sectores sociales marginados, o limitar la concentración del poder económico). Esta consideración da cuenta en gran medida de las objeciones [MSD2] y [MSD4], y parcialmente de la objeción [MSD1] (una discusión más precisa sobre exclusiones y excepciones se ofrece más abajo).

Respecto a éste último cuestionamiento (i.e., que la política de competencia crea nuevas formas de intervención pública en los mercados, creando espacio para la corrupción), debe notarse que una ley de competencia bien diseñada permite limitar el alcance de la intervención de las autoridades, y a través de ello las posibilidades de uso inapropiado de la misma. En los países que tienen una historia más reciente de legislación de competencia, el legislador y las autoridades encargadas del “enforcement” han debido priorizar las prácticas y situaciones más flagrantes y socialmente nocivas, que deberían ser atacadas en primer lugar y con mayor decisión. Además de permitir realizar un aprendizaje institucional y social sobre la promoción de la competencia, esta expansión gradual del alcance de la ley tiene por objetivo evitar que el Estado se transforme, por un excesivo celo fiscalizador o regulador, en un obstáculo más que en un facilitador de la competencia. Adicionalmente, las prohibiciones concretas y las provisiones procesales en la ley pueden ser diseñadas para asegurar un grado de transparencia y formas de rendición de cuentas que hagan la corrupción difícil o imposible.

La objeción [MSD3] es por una parte inconsistente y por otra desinformada. En un sentido, las ramas de actividad que enfrentan una competencia intensa del informalismo

suelen –por esa misma presión competitiva—ser menos propensos a exhibir prácticas anti-competitivas, por lo que los operadores “formales” no deberían temer que la política de competencia les aumente las exigencias (de hecho, una legislación bien diseñada, y sobre todo la “abogacía” de la competencia, podría contribuir a combatir el informalismo cuando este se presenta como una estrategia de actores relativamente poderosos para competir deslealmente con los operadores formales). Por otra parte, un sector informal extendido puede reflejar la existencia de barreras a la entrada excesivas u otras prácticas anti-competitivas, que deberían ser removidas, en vez de asumir que la política de competencia será una nueva exigencia para los que ya desarrollan su actividad sin acudir a dichas prácticas.

El cuestionamiento contenido en [MSD4] merece una atención adicional porque alude a dimensiones de la competitividad. Dicho cuestionamiento parte de la base que los “campeones nacionales”, y más en general el aprovechamiento de economías de escala (y posiblemente el “learning by doing”), son esenciales para una industrialización exitosa a escala nacional. Si bien la literatura sobre la trayectoria de los “tigres asiáticos” contiene indicaciones en ese sentido, dicha literatura debería ser considerada con cautela. En primer lugar, la competencia también ha jugado algún papel en la experiencia de desarrollo de esos países y el rol de los “campeones nacionales” merece precisiones que suelen ignorarse en las generalizaciones amplias (Hur, 2004; Yun, 2004). En segundo lugar, la evidencia empírica para conjuntos más amplios de países, incluyendo países en desarrollo, muestra que existe una muy débil relación estadística entre tamaño de las empresas y productividad, y que el reemplazo de firmas menos eficientes por otras más eficientes da cuenta de una porción significativa de las ganancias de productividad observadas en sectores y países relevantes (Cernat y Holmes, 2004). En tercer lugar, como se mencionó antes, la legislación de competencia lejos de ser un obstáculo podría proporcionar un medio idóneo para implementar una política industrial estratégica. Una clave para ello es un cuidadoso análisis de las situaciones que ameritan excepciones o exclusiones, y una revisión periódica de las mismas para evaluar su real contribución a la promoción de la competitividad.

La objeción [MSD5] viene siendo cuestionada por una serie de estudios empíricos que demuestran que los costos derivados de la ausencia de una adecuada legislación de competencia y de mecanismos para su cumplimiento son mucho más elevados que los eventuales costos de establecer la citada legislación y los organismos encargados de su aplicación (Cáceres, 2000; Clarke y Evenett, 2003). Por otra parte, no debería esperarse que una autoridad nacional de competencia de un país pequeño o insuficientemente desarrollado sea capaz de detectar, prevenir o sancionar todas las prácticas y acuerdos anti-competitivos a los que está expuesta la economía (de hecho, las autoridades de *países desarrollados* frecuentemente encuentran obstáculos serios para hacer cumplir la ley en todos los confines de sus economías). Al mismo tiempo, muchos de las situaciones anti-competitivas más onerosas suelen estar relacionados con transacciones o acuerdos trans-fronterizos. Ambas razones justifican la cooperación internacional en materia de aplicación de las leyes de competencia, que puede permitir a los países pequeños descansar parcialmente en el efecto disuasivo o incluso represivo mayor que ofrecen los acuerdos con socios más poderosos (i.e., beneficiarse de la posibilidad de “subsidiariedad” que ofrece la cooperación). Sin embargo, la cooperación internacional es inviable si el país en cuestión carece de una legislación apropiada y de una infraestructura institucional mínima capaz de interactuar efectivamente con las autoridades de competencia de otros países socios.

Las objeciones referidas a economías pequeñas y abiertas también se basan en errores de apreciación o confusión sobre lo que implica una apropiada legislación y política de competencia. En primer lugar, la legislación de competencia no necesariamente penaliza todas las participaciones de mercado elevadas. En la interpretación de algunos autores, la posición dominante no es de por sí anti-competitiva, sino que lo que debe evaluarse es el comportamiento de los actores económicos: el abuso de posición dominante sí lo es. Aún aquellos que abogan por una política de competencia que preste atención a la *estructura* de mercado, y no solo al *comportamiento* de los actores, reconocen la necesidad de fijar reglas sensibles al contexto para dictaminar cuándo una participación excesivamente elevada podría ser considerada atentatoria contra la libre competencia.

Las razones que motivan la “urgencia” de adoptar marcos adecuados de política de competencia [U1-5] dan cuenta por sí mismas de la objeción [MPA2]. Sin embargo, no está de más enfatizar que muchas de las prácticas anti-competitivas atentatorias contra la competitividad y la equidad se desarrollan en mercados de bienes no-transables, o en mercados donde no es dable esperar la “contestabilidad” de inversores extranjeros significativos, lo que hace imprescindible marcos nacionales de reglas para la competencia.

Revisada la importancia general, la urgencia y desestimados los falsos mitos sobre la política y legislación de competencia, vale la pena sintetizar brevemente cuáles, a la luz de la experiencia internacional, parecen componentes esenciales de una política y legislación efectivas. En primer lugar, los países que han realizado un aprendizaje y han conseguido promover una cultura de competencia funcional a su desarrollo socio-económico, todos cuentan con una *legislación relativamente detallada*, que delimita lo más claramente posible conjuntos de situaciones y prácticas prohibidas, los mecanismos de denuncia, investigación, adjudicación, sanción, y apelación, y las atribuciones y dependencias jerárquicas de los órganos responsables de su aplicación. En segundo lugar, la experiencia internacional demuestra la necesidad de contar con *autoridades de competencia* con fuerte capacidad técnica y suficientes recursos, así como suficientemente protegidas de la influencia de grupos de presión.

La legislación de competencia de amplia cobertura es un componente esencial de una política de competencia eficaz. Si bien la literatura especializada manifiesta discrepancias sobre la exclusividad del objetivo de eficiencia económica estricta o la conciliación de dicho objetivo con otros objetivos “de interés general”, sobre la necesidad de penalizar la simple concentración de mercado o enfocar exclusivamente el comportamiento, sobre la necesidad de someter fusiones y adquisiciones a un escrutinio previo o posterior, sobre la amplitud de las excepciones y exclusiones, o sobre el número, atribuciones y posición jerárquica de las autoridades de competencia, hay un amplio consenso que leyes excesivamente escuetas y/o ambiguas dejan abierto un amplio campo a la interpretación, y por tanto limitan su efectividad y/o posibilitan su utilización con fines espurios.

La experiencia internacional también parece demostrar la necesidad de clarificar y en lo posible separar las funciones de recepción de denuncias, investigación, y en general fiscalización, de las funciones jurisdiccionales o de adjudicación, y de que ambas estén ejercidas por autoridades relativamente independientes del poder político, o –más en general—con suficiente autonomía y poder para resistir las presiones de grupos de interés. La transparencia en los procedimientos públicos, la exigencia de justificación económica de las decisiones, y la existencia de un mecanismo igualmente transparente de apelación, son requerimientos que contribuyen a minimizar los riesgos de captura y corrupción de los organismos de competencia. Además de recursos económicos para conducir investigaciones frecuentemente complejas, dichos organismos requieren ser dotados de un personal calificado (formado por un número suficiente de abogados y economistas), bien pago y con adecuadas protecciones contra los conflictos de interés.¹⁰

Es importante considerar brevemente las cuestiones interrelacionadas de la titularidad del derecho protegido, así como el de los objetivos, excepciones y exclusiones. Partiendo de una justificación basada en la teoría económica neoclásica, sería fácil caer en la tentación rápida de definir a los consumidores como los titulares del derecho protegido por la ley de competencia. Sin embargo, es importante notar que no todas las legislaciones nacionales coinciden en ese aspecto. Por ejemplo, la política de competencia francesa, y en cierto sentido la aproximación europea a la política de competencia, entiende que la legislación de competencia apunta a proteger a los *competidores* más que a los consumidores por sí mismos (Jenny, 2003; Souty, 2004). Más en general, las legislaciones de varios países reconocen que existe un “interés general” a proteger que puede estar transitoriamente en conflicto con los intereses de los actores como consumidores, o de un conjunto incluso amplio de consumidores.¹¹ Así y todo,

¹⁰ La legislación brasileña, por ejemplo, especifica que el presidente y miembros del directorio del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) no pueden recibir honorarios o compensación de terceros por ningún motivo, actuar como empresas unipersonales, participar como ejecutivos o abogados de ninguna asociación civil, comercial o empresa, emitir opiniones en materias de su especialidad, aún en términos teóricos, o actuar como asesores de empresas, o desarrollar actividades político partidarias (CADE, 2004).

¹¹ En última instancia, la categoría de “consumidores” describe a los agentes económicos sólo en una de sus actividades; “consumidores” que no encuentren fuentes de empleo productivo, por ejemplo, verán

prácticamente todas las legislaciones reconocen la protección de intereses difusos y no organizados, y no solamente la de aquel o aquellos agentes económicos que puedan ser directamente afectados por las prácticas anti-competitivas de un operador particular.

En relación a los objetivos, todas las legislaciones tienden a reconocer como prioritario (o como uno de los objetivos prioritarios) la maximización de la eficiencia económica. Sin embargo, también difieren en cuanto a la complementación con (o incluso la eventual subordinación a) otros objetivos “de interés general” (Cernat y Holmes, 2004). En este sentido es interesante la experiencia sudafricana, desde la transición a la democracia en 1994 (la siguiente caracterización sintética se basa en Hartzenberg, 2004). Como legado de las políticas de *apartheid* y del consecuente aislamiento internacional de Sudáfrica, la economía de aquel país adquirió ciertas características particulares. La consolidación de una marcada concentración empresarial, y la prohibición de participar en ciertas actividades y áreas geográficas impuesta a la mayoría negra de la población, determinaron que ésta se viera básicamente relegada al sector informal de la economía. El ascenso al poder del Congreso Nacional Africano en 1994 llevó al reconocimiento de la necesidad de transformar esta situación a través de un amplio espectro de políticas económicas y sociales.

En ese contexto, la política de competencia fue concebida por el nuevo gobierno como un instrumento vital para incrementar las oportunidades económicas de la población negra y estimular su participación en el sector formal de la economía. Así, si bien la ley de competencia promulgada en 1998 (Competition Act, no 89) tiene como primer cometido la búsqueda de la eficiencia económica, reconoce otros objetivos explícitos tales como la promoción del empleo y del desarrollo económico y social de los sudafricanos, el garantizar oportunidades equitativas de participación a las pequeñas y medianas empresas y fomentar la desconcentración de la propiedad y del control empresarial, particularmente en favor de “...las personas históricamente relegadas”. Incluso, la ley faculta a la autoridad de competencia a subordinar eventualmente las consideraciones de eficiencia al

limitada su capacidad de consumo, por lo que el interés de los consumidores no siempre es mejor defendido por la máxima competencia posible independiente de otras consideraciones.

cumplimiento de estos otros objetivos “de interés público” a la hora de autorizar o prohibir ciertas prácticas económicas.¹²

Son esos objetivos secundarios, o complementarios, los que usualmente justifican exclusiones y excepciones.¹³ Argumentos de economía política, así como derivados del análisis económico estricto, sugerirían que las exclusiones y excepciones deberían ser las mínimas posibles, lo más transparentes posibles sobre su cobertura, y sujetas a revisión periódica. Sin embargo, obstáculos de índole económica o tecnológica (i.e., fallas de mercado y/o la existencia de cuellos de botella tecnológicos), pueden hacer imposible o excesivamente costosa la promoción de la competencia en ciertas áreas de la actividad económica. Particular atención requieren entonces los *sectores regulados*, dado que plantean la compleja relación entre regulación y política/legislación de competencia.

Bergara (2003, p.), por ejemplo, reconoce que “...la regulación sectorial y la legislación de competencia constituyen formas alternativas y complementarias de organización para controlar potenciales los abusos de poder de mercado y promover...la eficiencia... de las industrias.” Por otra parte, la coexistencia de la legislación de competencia y la regulación sectorial, en la mayor parte de los países con experiencias prolongadas en ambas, constituye una muestra de que la primera no sustituye por sí a la segunda.

Siendo que regulación sectorial y legislación de competencia son ambas necesarias, una cuestión central es en qué medida y bajo qué condiciones es posible y/o necesario articularlas. En la mayor parte de los casos, la regulación y la legislación de competencia persiguen objetivos diferentes y afectan aspectos distintos de la operativa de la industria. En general, la legislación de competencia tiende a abarcar sólo un subconjunto de las

¹² Por ejemplo, la Sección 12A (3) estipula que a fin de evaluar las fusiones y adquisiciones entre empresas, la Comisión de Competencia debe considerar no sólo sus impactos sobre la competencia en los mercados de relevancia, sino también sus efectos sobre el empleo y sobre la capacidad competitiva de las empresas pequeñas controladas por “... personas históricamente relegadas”. La Comisión puede autorizar fusiones o adquisiciones potencialmente anti-competitivas en función de estas consideraciones de “interés público”.

¹³ Aunque estos términos tienen significados específicos en cada sistema legal, las primeras son de carácter más amplio para abarcar un cierto sector o tipo de comportamiento, mientras que las segundas tienden a ser de carácter más específico, de aplicación caso a caso, donde tiende a seguirse la “regla de la razón”.

dimensiones de la actividad de la industria relevante, básicamente aquellas vinculadas a la fijación de precios y a las prácticas comerciales. La regulación sectorial, por su parte, tiende a concentrarse en un espectro más amplio y más detallado de aspectos, incluyendo muchas veces reglamentaciones técnicas basadas en un conocimiento específico de la industria o del mercado (Bergara, 2003).

Típicamente, la legislación de competencia provee un marco regulatorio ex-post, destinado a reprimir o castigar conductas anti-competitivas una vez que estas han sido consumadas, en tanto que la regulación sectorial provee un marco regulatorio ex-ante por el cual las empresas del sector deben regirse.¹⁴ Por consiguiente, ambos instrumentos tienden a complementarse entre sí, y la legislación de competencia constituye una “herramienta adicional” a la regulación sectorial.

La aplicación de la legislación de competencia en las industrias reguladas es siempre posible en caso de verificarse prácticas anti-competitivas no cubiertas o contempladas por la regulación sectorial y resultantes de las decisiones autónomas de las empresas que operan en el mercado. Incluso cuando la regulación sectorial restringe la competencia, estableciendo por ejemplo barreras de entrada o fijando precios mínimos, se reconoce en general que hay lugar para la aplicación de la legislación de competencia cuando tales restricciones no están justificadas por la necesidad de alcanzar objetivos de interés general (International Competition Network, 2004).

En todo caso, la definición precisa de las funciones y la coordinación entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales, así como la consistencia entre sus decisiones, son cruciales para el funcionamiento eficiente de los mercados regulados. La OCDE (2000) describe tres modelos institucionales básicos que se han ensayado en los países desarrollados en relación a este tipo de mercados.¹⁵ El arreglo institucional más

¹⁴ Por supuesto, la legislación de competencia tiene asimismo como cometido, a veces explícito, la *prevención* de las prácticas anti-competitivas, mientras que los reguladores sectoriales cuentan también con potestades para actuar ex-post a fin de adoptar medidas correctivas.

¹⁵ Si bien el informe se centra en la regulación y los arreglos institucionales en el sector de telecomunicaciones, sus contenidos a este respecto pueden extrapolarse al conjunto de las industrias reguladas.

común se basa en la separación explícita de las funciones regulatorias y de protección de la competencia. Este es el modelo prevaleciente en Alemania, Francia, Suiza y otros países europeos y su principal ventaja reside en la transparencia y la especialización funcional resultantes. En contrapartida, esta especialización entraña costos potenciales en cuanto a la duplicación de esfuerzos de las agencias y, consecuentemente, la dilapidación del “expertise” y los conocimientos específicos acerca del sector, que son tan difíciles de adquirir. El adecuado funcionamiento del modelo exige establecer mecanismos claros de coordinación entre los reguladores sectoriales y la autoridad de competencia, compartir información y efectuar consultas sistemáticas entre las agencias y con las empresas del sector.

Un segundo esquema consiste en otorgar al regulador sectorial amplias potestades sobre la industria en cuestión, incorporando a sus funciones regulatorias las de la aplicación de las reglas de defensa de la competencia. La principal ventaja de este modelo, vigente, por ejemplo, en el Reino Unido, es que el regulador puede escoger el mecanismo que mejor se adecue al problema planteado, pudiendo apelar tanto a las reglamentaciones sectoriales como a la legislación de competencia. La principal desventaja de este arreglo institucional es que pueden surgir inconsistencias entre la defensa de la competencia y otros objetivos perseguidos por el regulador. Además, pueden existir distintas interpretaciones e instrumentaciones entre los diferentes reguladores sectoriales, lo que daría lugar a ciertas inconsistencias entre las industrias reguladas (Bergara, 2003).

Finalmente, el tercer modelo consiste en otorgar poderes regulatorios a la autoridad de competencia, que tendría la potestad adicional de supervisar los mercados regulados. Entre las principales ventajas de dicho modelo, que es el que rige en Nueva Zelanda, está el hecho de que se evitan duplicaciones innecesarias del “expertise” y el conocimiento sectorial, se garantiza la consistencia regulatoria para todas las industrias y se asegura que la regulación sectorial sea aplicada de manera de minimizar las restricciones a la competencia. En contrapartida, este tipo de arreglo puede dar lugar a entidades demasiado complejas y burocráticas, lo que limitaría su capacidad de adoptar acciones

con celeridad, a la vez que podrían presentarse dificultades cuando los problemas planteados se refieran a cuestiones técnicas específicas.

En general, debe concluirse que la política y legislación de competencia no son sustituidas por la regulación, y su adopción tampoco debería necesariamente limitar la efectividad de la regulación sectorial cuando sea necesaria. Es precisamente esta flexibilidad, combinada con una reversión de la “carga de la prueba”, la que motiva el planteo más propositivo que se expone en la sección final de este artículo.

4. El avance en las políticas de competencia en Uruguay

A.

El marco legal para la protección y promoción de la competencia en Uruguay está determinado por los artículos 13° a 15° de la Ley N° 17.243 (de “Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas”, del año 2000), los artículos 157° y 158° de la Ley de Presupuesto Nacional de 2001 (Ley 17.296), y el decreto 86/001 del 28 de febrero de 2001. Estos definen las prácticas prohibidas, las penalidades, designan a la Dirección General de Comercio como órgano competente para la aplicación de las disposiciones anteriores, y establecen los mecanismos procesales de su cumplimiento (véase Hargain, 2001, para un ejercicio temprano de interpretación de la legislación).

Si bien debe considerarse la legislación existente y la acción desarrollada por la Dirección General de Comercio como pasos iniciales muy positivos en el establecimiento progresivo de un marco de protección y promoción de la competencia, la legislación y el marco institucional nacional parecen exhibir una serie de flancos débiles al compararlos con las lecciones de los países pequeños “exitosos”, y los marcos jurídico-institucionales adoptados por otros vecinos regionales. En primer lugar, la legislación uruguaya no especifica la territorialidad de sus disposiciones como lo hacen, por ejemplo, la de muchos países incluido Brasil (véase, e.g., CADE, 2004), poniendo a la autoridad en

desventaja para perseguir prácticas anticompetitivas desarrolladas por actores con base en el territorio de otro país pero con efectos sobre los mercados nacionales. En segundo lugar, la legislación uruguaya evita las medidas destinadas al control de concentraciones, que se han vuelto esenciales en un contexto en que las fusiones y adquisiciones son la forma más frecuente de movimiento internacional de capitales productivos. Combinado a la omisión anteriormente referida, la autoridad de competencia uruguaya estaría incapacitada de actuar ante, por ejemplo, la adquisición de dos competidores principales en un mercado nacional por parte de un mismo grupo económico extranjero (como ocurriera no hace mucho tiempo en el mercado de las cervezas).

En tercer lugar, la legislación nacional adopta fundamentalmente la “regla de la razón” para determinar cuándo conductas aparentemente anti-competitivas estarían comprendidas por la ley, y por lo tanto prohibidas (Hargain, 2001, argumenta que las prácticas anti-competitivas descritas en el texto legal deben ser consideradas prohibidas solamente “cuando generen perjuicio relevante al interés general”). Esa modalidad legal tiene la ventaja de otorgar flexibilidad para conciliar los objetivos de eficiencia económica estricta (que, como regla general, pueden considerarse protegidos por la máxima competencia posible) con otros objetivos de interés general. Sin embargo, una aplicación juiciosa de la “regla de la razón”, y que no se presente a los agentes económicos como arbitraria o discriminatoria (es decir, que contribuya a consolidar una cultura de la competencia), requiere contar con organismos de fiscalización y adjudicación bien dotados de recursos financieros, y con alta calificación técnica e independencia política, capaces de conducir trabajosas investigaciones y fundamentar sólidamente sus resoluciones. Cuando los organismos tienen limitaciones respecto a esas capacidades, se ha considerado deseable que la ley contenga al menos algunas “prohibiciones *per se*”, que definan conductas pasibles de ser perseguidas sin necesidad de complejos análisis sobre sus efectos nocivos (Tirole, 1999).¹⁶

¹⁶ El debate puede ser de todos modos “complejo” al momento de diseñar la ley (si bien un país pequeño y “rezagado” podría aprender de los ejemplos de países más avanzados), pero las prohibiciones *per se* reducen o vuelven innecesario el análisis y debate al momento de aplicar la ley, dejándole a la autoridad de

Respecto la enumeración de prácticas anti-competitivas en la legislación nacional – contenidas en cinco incisos del artículo 14° de la Ley 17.243--, cabe confrontarla con las 11 prácticas definidas en la legislación costarricense como “prácticas monopolísticas absolutas” y “prácticas monopolísticas relativas” (Arts. 11° y 12° de la Ley 7.472), o las 25 prohibiciones contenidas en la legislación brasileña (CADE, 2004). En este último caso, se incluyen explícitamente prácticas tales como los acuerdos previos de precios en las ofertas a licitaciones públicas, los derechos exclusivos de publicidad en medios masivos, la discriminación de precios, el negar la venta de un producto a un cliente dispuesto a adquirirlo en condiciones usuales, el abuso de derechos de propiedad intelectual, o la importación por debajo del costo. En el mismo sentido de limitar los márgenes de discrecionalidad en la interpretación, otras legislaciones –no la uruguaya— definen criterios que permiten presumir la existencia de “poder de mercado”.

En cuarto lugar, las penalidades de la legislación uruguaya podrían aparecer como relativamente inocuas para disuadir a grandes poderes económicos de adoptar prácticas prohibidas por la ley. A diferencia de la legislación uruguaya, la de Nueva Zelanda o Brasil, fijan penalidades sustanciales y proporcionales a la utilidad “ilegítimamente obtenida” (en el caso de Brasil, el Estado puede aplicar sanciones pecuniarias simultáneas a la compañía, a sus administradores, y a otros agentes involucrados en la práctica anti-competitiva, independientemente de su eventual situación de quiebra, y las infracciones recurrentes duplican las multas, CADE, 2004; en tanto la interpretación existente indica en Uruguay sólo serían punibles los titulares de la empresa y las penalidades económicas tienen montos precisos como techo, Hargain, 2001). Además de significativas sanciones monetarias inmediatas por la retención o destrucción de información requerida para las investigaciones, la legislación brasileña prevé la inelegibilidad de los agentes infractores para financiamiento público posterior o para participar en licitaciones del Estado, la posibilidad de exigir la licencia compulsiva de patentes a su nombre, y la potestad de la autoridad de competencia de forzar la separación de empresas o actividades de una empresa infractora, la transferencia de control, la venta de activos o la discontinuidad de

competencia la responsabilidad más acotada de recoger la evidencia y verificar los extremos previstos en la legislación.

actividades. Esto contrasta con los poderes a disposición de la Dirección General de Comercio, que no pueden ir más allá del “cese de los actos o conductas prohibidas y remoción de sus efectos” (si bien algunas de las atribuciones del CADE en Brasil se relacionan con su obligación de sancionar actos de concentración, que no están prohibidos en la legislación uruguaya).

Respecto a la arquitectura institucional para el “enforcement” de la legislación, el esquema adoptado en Uruguay revela relativa debilidad, al encargar a una única “dirección”, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, las tareas de recepción de denuncias, investigación (por denuncia o de oficio), y adjudicación. Además de las limitaciones presupuestales que seguramente enfrenta para ejercer las tareas de fiscalización y adjudicación (y de las posibles ambigüedades del marco jurídico), la Dirección General de Comercio parece carecer de la independencia del poder político que se ha considerado esencial para una efectiva implementación de una política de competencia. (Una afirmación como la anterior debe ser de todos modos cautelosa, a falta de una experiencia más prolongada de aplicación de la ley por esa Dirección.) Adicionalmente, llama la atención en la legislación de países más avanzados la escrupulosa enumeración de las condiciones de elegibilidad para integrar órganos de competencia (CADE, 2004). En esta materia, el silencio de la legislación uruguaya sugiere una debilidad adicional, no ya por la posibilidad de subordinación política sino por el riesgo de captura por los intereses privados.

Una cuestión adicional que surge del estudio comparado es el silencio de la legislación nacional respecto al titular de los derechos protegidos (por ejemplo, la legislación costarricense nombra explícitamente a los consumidores, mientras la brasileña especifica que es la sociedad en su conjunto la depositaria de los derechos protegidos), o los objetivos perseguidos (más allá de la referencia siempre imprecisa al “interés general”). Las disposiciones procesales, en cambio, parecen sugerir que los intereses protegidos son los de agentes económicos individuales que puedan argumentar algún daño directo emanado de las prácticas ilegítimas de otros agentes. Tal es el caso, por ejemplo, del inusual recurso a mecanismos de conciliación, que suponen la existencia de dos actores

con intereses precisamente delimitados y contrapuestos. Dicho de otro modo, aunque no lo excluye explícitamente, la legislación uruguaya parece desatender las situaciones que las prácticas anti-competitivas afecten los intereses difusos de categorías amplias de actores económicos. La ambigüedad también se extiende a las limitaciones “que se establecieren por ley y por razones de interés general (...) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate” (Art 13 de la Ley 17.243).

Más allá de crear dificultades prácticas en la aplicación de la ley, estos silencios o ambigüedades dejan planteada la posibilidad –de hecho la necesidad—de un debate político amplio que sienta las bases de una verdadera *política de competencia*. Sobre esa alternativa se vuelve en la última parte de este artículo, pero antes se realiza una breve disquisición “de economía política” sobre las posibles causas de un retraso.

B.

Ante el retraso relativo del país en materia de política y legislación de competencia, existe siempre la tentación de atribuirlo a factores culturales, y no faltaría alguna evidencia más o menos sistemática o anecdótica que sugiera la plausibilidad de ese tipo de hipótesis. Casualmente, en un reciente número del semanario *Búsqueda* se reseñaba una presentación realizada por el Sociólogo César Aguiar en la que se exponían resultados de la Encuesta Mundial de Valores, que mostrarían al Uruguay al fondo de un ranking de países según la proporción de su población que valora positivamente la competencia en la esfera económica. En ese ranking, Uruguay “ocupa el lugar 68 en 72 países en términos de gente que acepta que competir es bueno” (*Búsqueda*, 10 de junio de 2004, p. 12). Cuando se considera, en cambio, el porcentaje de encuestados que expresamente prefieren una visión negativa de la competencia (“la competencia es mala; saca a relucir lo peor de las personas”) el país ocupa el primer lugar del ranking internacional con un 27%.

La Tabla 1 amplía parcialmente los resultados comentados por Aguiar y reseñados por *Búsqueda*. Como se observa, el país efectivamente registra un 50% de encuestados que se

manifiestan favorables a la afirmación de que “la competencia es buena; estimula a la gente a trabajar duro y desarrollar nuevas ideas”, mientras las proporciones respectivas superan los dos tercios de las poblaciones encuestadas en más de la mitad de los países cubiertos por el estudio.¹⁷ Sin embargo, la explicación cultural enfrenta una serie de dificultades cuando se consideran los resultados completos del estudio. En general, el ranking no revela ninguna relación sencilla entre proporciones de respaldo a la afirmación sobre competencia y el perfil de las políticas de los países. En particular, países más avanzados en la legislación y operación de una política de competencia (en particular, el vecino regional más adelantado) exhiben actitudes similares o aún menos favorables hacia la competencia que las observadas en Uruguay.

¹⁷ La nota periodística no explica que en el Estudio Mundial de Valores ambas opiniones son excluyentes por lo que, si bien las afirmaciones sobre la posición de Uruguay en el ranking internacional son absolutamente ciertas, también es cierto que una mayoría clara de los uruguayos (50 contra 27%) expresa opiniones favorables a la competencia.

Tabla 1:
Porcentaje de encuestados que opinan que “la competencia es buena”
(Países seleccionados)

<i>País</i>	<i>%</i>	<i>Ranking (s/72)^(*)</i>
Islandia	84	1
Marruecos	83	2
Zimbabwe	82	3
China	80	4
Albania	80	5
Singapur	75	13
Suecia	74	18
Estados Unidos	71	24
Nueva Zelanda	69	30
Irlanda	65	39
Gran Bretaña	59	52
Argentina	59	55
España	52	66
Holanda	50	67
Uruguay	50	68
Portugal	49	69
Bélgica	48	70
Chile	46	71
Francia	46	72

(*) Siguiendo el criterio usado por Aguiar, a países con idéntico porcentaje se les rankea según su orden (alfabético) de aparición en la publicación.

Fuente: Inglehart et al. (2004).

Estos resultados cuestionan una explicación causal simplista que atribuyera las políticas públicas a los valores y la cultura de la población. Aunque trasciende a los objetivos de

este artículo, podría conjeturarse que las actitudes de la población son probablemente tanto un factor explicativo de las políticas públicas como un *reflejo* o consecuencia de la operación de los mercados y las políticas en los países.¹⁸ Si se adopta esta perspectiva, el relativamente tímido (aunque mayoritario) respaldo de los uruguayos a la competencia podría estar revelando cierta desconfianza respecto a *las formas y resultados* de la competencia en un país que tradicionalmente ha carecido de marcos institucionales para encausarla.

Más promisorias como explicaciones del rezago relativo del Uruguay serían las que consideraran la dinámica socio-económica y la dinámica política, en términos de la operación de las instituciones existentes y de las iniciativas de reforma. En primer lugar, debe considerarse la posibilidad de que las intervenciones públicas, o la ausencia de marcos institucionales, reflejen la operación o el veto de poderosos intereses económicos beneficiarios de un cierto patrón de políticas. El caso de las políticas de competencia es un caso especial para la aplicación de los marcos analíticos provenientes de la escuela de *public choice* o de la economía política contemporánea. La particularidad proviene de que la concentración de poder económico y la extracción de rentas suelen estar asociadas en esa literatura a las *intervenciones* del Estado en el funcionamiento de los mercados. Pero, como apreciaron los autores de la legislación anti-trust en los Estados Unidos y otros países capitalistas avanzados, no existe tal cosa como “el mercado” o “el libre funcionamiento del mercado”. En una perspectiva más realista, las economías capitalistas se caracterizan por la *diversidad institucional* de los mercados y *la libertad en su operación es una cuestión de grado*. Que un mercado sea más o menos competitivo depende, entre otras cosas, de la capacidad que tenga algún actor o actores particulares para torcer las reglas del mismo a su favor. En este sentido, la prescindencia del Estado puede ser tan anti-competitiva como su intervención, si la prescindencia permite que actores concentren poder en exceso y/o abusen del poder del que disponen. En esos casos, la carencia de políticas públicas permite la apropiación de rentas extra-competitivas por

¹⁸ Esta conjetura es por supuesto imposible de ser verificada o refutada con los datos presentados o con cualquier otro análisis comparado de las actitudes que las examine *en un mismo y único momento del tiempo*. Se necesitaría un análisis más complejo, apoyado por *series de tiempo* de actitudes, y líneas de

parte de esos intereses con poder de mercado, de un modo similar (aunque potencialmente más perverso) que la intervención pública las crea en los casos usualmente analizados por la literatura de *public choice*.

Siguiendo esta línea argumental, podría especularse que la ausencia de marcos de competencia en el Uruguay reflejara hasta cierto punto la capacidad de veto de los actores o grupos económicos que se benefician de la misma. Interesa destacar que, así como es esperable una mayor concentración de mercado en economías pequeñas, incluso las abiertas internacionalmente al comercio y la inversión, la reducida escala de la economía nacional también hace esperable que esos intereses económicos encuentren más sencillo resolver los problemas de coordinación y de acción colectiva requeridos para proteger un status quo que formalmente es “de libre mercado” aunque sustantivamente pueda ser anti-competitivo. En otras palabras, en sociedades y economías chicas (especialmente, aunque no únicamente, si vienen de historias de proteccionismo comercial e intervencionismo) habrá una tendencia a la concentración del poder económico aún (o incluso especialmente) en mercados no intervenidos o regulados, y una conveniente proximidad de los grandes intereses económicos al poder político para limitar la capacidad de este último de imponer marcos jurídicos o institucionales favorables a la competencia (véase, e.g., Stewart, 2004a).

Pero el rezago relativo de Uruguay en esta materia no podría entenderse completamente sin considerar más específicamente la dinámica del proceso político-económico que ha rodeado a los debates y realidades en materias de reformas económicas en las últimas dos décadas. Sin pretender hacer de ello una tesis académica (aunque su evaluación posiblemente ameritaría algún trabajo sistemático en este sentido), al observador de la realidad política y económica no le resultará exagerada la caracterización del debate nacional sobre reformas como uno donde la iniciativa ha estado del lado de los partidos políticos tradicionales, que se ubican desde el centro hacia la derecha del espectro político nacional, inspirados por ciertos consensos internacionales en materias de

tiempo de las políticas públicas, para comenzar a evaluar la plausibilidad y condiciones particulares de la misma.

reformas deseables. En este período, los partidos y organizaciones sociales que se ubican genéricamente desde el centro hacia la izquierda de ese mismo espectro, parecen haber desempeñado (por acción u omisión) un papel más bien reactivo y de “seguidores” de un debate sobre reformas que en general no han liderado.¹⁹

Aunque su autor ha procurado clarificar el alcance “descriptivo” de su síntesis original, así como las interpretaciones y usos diversos que la misma ha motivado (Williamson, 2004), parece claro que la agenda contenida en el “Consenso de Washington” condensa la orientación de las propuestas que han tendido a liderar el debate sobre reformas en la región y, en buena medida, en el Uruguay. Cuando se considera que dicha agenda se encuentra, en su formulación específica y en su tono más general, influida de manera importante por los enfoques económicos citados más arriba (i.e., *public choice*, economía política neoclásica), no resulta del todo sorprendente que se caracterice por un *sesgo de atención* que se manifiesta en un llamativo silencio sobre el problema de construir marcos jurídicos e institucionales apropiados para la protección y promoción de la competencia.

En efecto, de las diez políticas o reformas contenidas en la lista original elaborada por Williamson (supuestamente representativa de lo que era consensualmente aceptado en los círculos políticos de Washington como deseable para los países de América Latina), la única que menciona a la competencia es la penúltima, redactada originalmente como “abolición de regulaciones que impiden la entrada de nuevas firmas o restringen la competencia”. Como se observa, el sesgo de la propuesta, que pretendía reflejar estados de opinión difundidos a fines de la década del '80, era claramente uno en que la promoción de la competencia requería la *desregulación* (véase la Tabla 2). Este *sesgo de atención* parece haber caracterizado las iniciativas que sí se han promovido en el Uruguay en los últimos años, tanto desde el ámbito profesional (Talvi, 1997) como desde las agencias de gobierno.

¹⁹ Quizás la principal excepción a esta afirmación general se de en materia tributaria, donde los partidos y organizaciones de izquierda han sido promotores de un debate al que el resto del sistema político ha debido

Sin embargo, como debe estar claro luego de revisar las políticas de competencia en países más adelantados, proteger y promover la competencia requiere precisamente que países como los latinoamericanos *expandan su marco jurídico y reglamentario*, y creen instituciones, todo lo cual podría considerarse sin violencia como un proceso de *regulación*. Esto parece haber sido reconocido parcialmente en períodos más recientes, como sugiere la referencia a la creación de instituciones regulatorias en versiones “aumentadas” del Consenso de Washington (véase Tabla 2 y Rodrik, 2002). Sin embargo, podría reconocerse un nuevo “sesgo” que no ha estado del todo ausente del debate local sobre las reformas: al ponerse el énfasis en las instituciones regulatorias, en vez de lisa y llanamente en la legislación y política anti-trust, el Consenso de Washington Aumentado parece reconocer las fallas de la competencia sólo en los sectores donde predominan imperfecciones de mercado de base tecnológica o asociadas al proceso de privatización. Sobre la necesidad de superar este nuevo sesgo, se elabora brevemente en la sección final.

Tabla 2

Síntesis del Consenso de Washington y el “Consenso Ampliado”

(reproducida de Rodrik, 2002; incluido con cambios editoriales en Williamson, 2004)

The Washington Consensus is dead; long live the new Washington Consensus!

Original Washington Consensus	“Augmented” Washington Consensus
	the previous 10 items, plus:
1. Fiscal discipline	11. Corporate governance
2. Reorientation of public expenditures	12. Anti-corruption
3. Tax reform	13. Flexible labor markets
4. Financial liberalization	14. WTO agreements
5. Unified and competitive exchange rates	15. Financial codes and standards
	16. “Prudent” capital-

reaccionar.

6. Trade liberalization	account opening
7. Openness to DFI	17. Non-intermediate exchange rate regimes
8. Privatization	18. Independent central banks/inflation targeting
9. Deregulation	19. Social safety nets
10. Secure Property Rights	20. Targeted poverty reduction

Fuente: Rodrik (2002).

En síntesis, una explicación del rezago relativo del Uruguay en materia de legislación y políticas de competencia debería comenzar por considerar la economía política del capitalismo en economías pequeñas, y por reconocer que las agendas internacionales predominantes en las últimas dos décadas –que han “liderado” el debate nacional sobre reformas—tienen un sesgo de atención que minimiza o ignora el valor de las reglas de juego impuestas por el Estado para proteger y estimular la competencia en los mercados. Una similar perspectiva de economía política sugiere que habría oportunidades de reformas que promuevan la eficiencia, la competitividad y la equidad, si se aprovecharan cambios en el entorno ideológico y económico internacional, y se construyeran nuevas coaliciones nacionales potencialmente mayoritarias.

C.

Las experiencias reseñadas y la literatura reciente sobre políticas y legislación de competencia ponen de manifiesto los potenciales beneficios de eficiencia, competitividad y equidad, de un marco apropiado para proteger y promover la mayor competencia posible y razonable en los mercados. Las experiencias y literatura también subrayan la importancia de una definición sensible de los objetivos de la ley, que identifique las justificaciones “razonables” para las excepciones y exclusiones que toda legislación de competencia contempla. En esas condiciones, un texto jurídico abarcativo y bien diseñado, junto a la necesaria “abogacía” o promoción de la competencia por parte de agencias gubernamentales y organismos para-estatales, y un mecanismo efectivo y

transparente de adjudicación de los casos concretos que se presenten, no sólo serían compatibles sino que posiblemente sean componentes claves de una política industrial inteligente y moderna.

Por una parte, dicho marco revertiría la carga de la prueba, forzando a los partidarios de las excepciones o exclusiones a explicitar sus justificaciones y a demostrar que sus beneficios esperados serían superiores a los que proporcionaría la competencia, en el mercado en cuestión y en los mercados relacionados. Por otra parte, dicho marco (y la acción de “abogacía”) podría forzar la revisión periódica de las excepciones que la sociedad considere pertinentes, para asegurar que siguen cumpliendo sus fines y que no son meramente instrumentos de generación de rentas injustificadas por los agentes económicos establecidos. Por último, las excepciones y exclusiones no sólo deberían analizarse a la luz de consideraciones de competitividad o eficiencia dinámica, sino que permitirían contemplar objetivos de equidad social que se consideren pertinentes el contexto histórico específico, sujetando dichas desviaciones del principio general al mismo escrutinio periódico de razonabilidad y eficacia.

Cuando se la ve desde este punto de vista, la política y legislación de competencia se transforman en el tipo de innovaciones en las políticas públicas de una economía capitalista en desarrollo que no resulta sencillo encasillar en el tradicional eje ideológico de izquierda y derecha. En efecto, la tradición económica “liberal” que parece inspirarla se intersecta con otras tradiciones políticas más preocupadas por objetivos de equidad y emparentadas con el uso del poder estatal para nivelar el campo de juego socio-económico. Así parecen haberlo entendido, por ejemplo, el Congreso Nacional Africano en Sudáfrica, el Partido Socialista en Chile, o el Partido de los Trabajadores en Brasil, todos provenientes de la izquierda marxista y comprometidos actualmente con la creación de condiciones para un crecimiento económico con equidad en sus países. El último de éstos, por ejemplo, parece haber transformado su discurso y prácticas, desde una oposición a las estrategias de la administración Cardoso para perfeccionar el marco de competencia en Brasil, a un compromiso decidido con una práctica más eficaz y eficiente de las agencias de competencia pre-existentes (Gaetani, 2003).

Lo anterior sugiere que una discusión seria y profunda sobre el marco jurídico nacional, sus eventuales ajustes necesarios, y la asignación de responsabilidades institucionales para su aplicación, podría abrir la posibilidad de trascender debates estériles y construir nuevas coaliciones para la reforma económica en Uruguay. Podría, como sugería Bergara (2003), superar las falsas oposiciones entre *mercados* y *Estado*, o entre *competencia* y *regulación*. Podría, asimismo, superar la fijación exclusiva del debate público en las condiciones de competencia *en los mercados donde operan empresas públicas* (una fijación que la obra citada hasta cierto punto comparte), centrándolo en cambio en las condiciones de competencia *en los mercados en general*, requiriendo de las empresas públicas no otros sino los mismos justificativos para las excepciones que se le requerirían a otros agentes económicos. Tanto para la izquierda como para la derecha, esto implicaría abandonar como eje central de discusión el de la propiedad del capital en las organizaciones económicas y enfocar la de su eficiencia y sus implicaciones para el resto de las actividades económicas del país.

Si se logra que la carencia de una política y legislación de competencia adecuadas sean reconocidas como problemas nacionales, debería ser en principio posible atraer la atención tanto de los sectores convencidos de las virtudes de los mercados como asignadores de recursos (usualmente alineados con los partidos y sectores que se ubican del centro hacia la derecha del espectro), como de quienes tienen entre sus preocupaciones el asegurar la igualdad de oportunidades y la construcción de instituciones para proteger a los agentes más débiles de los abusos de los poderosos (usualmente alineados con partidos y sectores del centro a la izquierda). Debería ser posible también construir consensos en el sentido que las excepciones y exclusiones, en la medida en que crean o protegen derechos para ciertas “minorías”, deben ser las mínimas imprescindibles y lo más transparentes posibles. Casos visibles de efectos nocivos dispersos o concentrados podrían alimentar la construcción del consenso requerido, así como aislar a los intereses particulares que se esconden detrás de la ausencia de marcos apropiados para explotar rentas excesivas e injustas (así como a sus eventuales voceros políticos).

Vale notar, por último, que un debate de este tipo se desarrollaría en un contexto ideológico regional e internacional en que, al menos retóricamente, nadie parece cuestionar el valor de la competencia *en condiciones de igualdad de oportunidades y evitando los abusos de poder*. De parte de numerosas agencias internacionales (e.g., UNCTAD, Banco Mundial) existiría sin dudas disposición para apoyar técnica y financieramente el fortalecimiento de los marcos jurídicos e institucionales para la promoción de la competencia, lo cuál adicionalmente mejoraría la capacidad de Uruguay de beneficiarse de acuerdos regionales y bilaterales de comercio que ya ha suscripto, y de aspirar a participar en nuevos acuerdos potencialmente benéficos. Más importante aún, permitiría al Estado uruguayo fortalecer una imagen de productor de marcos jurídico-institucionales razonables y justos para la actividad económica, incrementando la confianza de potenciales inversores externos y eventualmente contribuyendo a revertir cierto escepticismo –no del todo injustificado—de su propia población sobre la claridad y equidad de las reglas de juego en el país.

REFERENCIAS

- Bergara, M. (2003) *Las reglas de juego en Uruguay – El entorno institucional y los problemas económicos*, Montevideo: Ediciones Trilce.
- Cáceres, A. (2000). “INDECOPI's first seven years” in *The role of the state in competition and IP policy in Latin America: Towards an academic audit of INDECOPI*, B. Boza (ed.). Lima, INDECOPI.
- CADE (2004). *The defense of competition in Brazil. A practical guide*. Sao Paulo, Brazil, CIEE.
- CEPAL (2002) “Políticas de competencia y regulación en el istmo centroamericano”, Unidad de Desarrollo Industrial, México: CEPAL.
- Cernat, L. and P. Holmes (2004). "Introduction" in *Competition, competitiveness and development: Lessons from developing countries*, P. Brusick et al (ed.). New York and Geneva, United Nations: 1-20.
- Clarke, J. and S. Evenett (2003). “The deterrent effect of national anti-cartel laws: Evidence from the international vitamins cartel.” *Antitrust Bulletin*.
- Gaetani, F. (2003): “O governo Lula e os desafios de politica regulatória no setor de infra-estrutura”, presentado en el VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, Octubre.
- Hargain, D. (2001). “Análisis de la legislación de defensa de la competencia.” *La Justicia Uruguaya* 124(setiembre/octubre): D 107 y ss.
- Hartzenberg, T. (2004) “Competition Policy and Enterprise Development: Experience from South Africa”, in *Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries*, P. Brusick, et al. (ed.). New York and Geneva, United Nations: 207-225.
- Hoekman, B. and P. Holmes (1999). “Competition policy, developing countries and the World Trade Organization.” *World Economy* 22(6): 875-94.
- Hur, J. S. (2004). "The evolution of competition policy and its impact on economic development in Korea" in *Competition, competitiveness and development: Lessons from developing countries*, P. Brusick, et al. (ed.). New York and Geneva, United Nations: 227-249.
- International Competition Network (2004): “Report to the Third ICN Annual Conference”, Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group, Seoul, abril.

- Jenny, F. (2003). An overview of anti-competitive conducts that are caught under competition law. Paris, OECD.
- Katz, G. (2004) "Legislación de competencia en cuatro pequeñas economías exitosas", Documento de Trabajo en proceso.
- Leopardi Mello, M. T. (2001). "A integracao pela harmonizacao regulatoria: Defesa da regulacao da concorrancia e da do consumidor" in *El desafio de integrarse para crecer: Balance y perspectivas del MERCOSUR en su primera década*, D. Chudnovsky and J. M. Fanelli (ed.). Madrid, Siglo XXI: 117-143.
- Mann, H. and K. v. Moltke (2004). Towards a Southern agenda on international investment: Issues for research and policy. Winnipeg, IISD.
- OCDE (2000): *Telecommunications Regulation: Institutional Structures and Responsibilities*. Bruselas, mimeo.
- OCDE (2004) "Competition Law and Policy in Chile – A Peer Review", Enero de 2004.
- Reardon, T. and J. Berdegú (2002). "The rapid rise of supermarkets in Latin America." *Development Policy Review* 20(4): 371-388.
- Reardon, T., et al. (2003). "The rise of supermarkets in Africa, Asia and Latin America." *American Journal of Agricultural Economics* 85(5): 1140-1146.
- Rodrik, D. (2002). *After Neoliberalism, What?* Cambridge, Mass., Harvard University.
- Souty, J. F. (2004). Exception and exemptions: the case for flexibility in developing countries. Paris, Counsel for Multilateral Affairs, Competition Council.
- Stewart, T. (2004a). Shaping competition legislation to the needs of small open economies: The case of CARICOM. Port of Spain, T&T, SALISES, University of the West Indies.
- Stewart, T. (2004b). Introducing and implementing competition legislation in small economies: Some considerations. Port of Spain, T&T, SALISES, University of the West Indies.
- Talvi, E. (1997). Una visión positiva del futuro del Uruguay: Los próximos diez años de reformas. Montevideo, CERES.
- Tavares De Araujo Jr., J. (2001). "Política de concorrancia no Mercosul: Uma agenda mínima" in *El desafio de integrarse para crecer: Balance y perspectivas del MERCOSUR en su primera década*, D. Chudnovsky and J. M. Fanelli (ed.). Madrid, Siglo XXI: 145-160.

- Tavares de Araujo, M. (2004). Excecoes e isencoes a lei de defesa da concorrencia: O caso para a flexibilidade em paises em desenvolvimento. Sao Paulo, BR, Secretaria de Direito Economico, Ministerio da Justica.
- Tirole, J. (1999). The institutional infrastructure of competition policy. Toulouse, Institut D'Economie Industrielle, Prepared for World Bank-CAE conference on Governance, Equity and Global Markets.
- Williamson, J. (2004). The Washington Consensus as policy prescription for development. Washington, DC, Institute for International Economics.
- Yun, M. (2004). "Competition and productivity growth: Evidence from Korean manufacturing firms" in *Competition, competitiveness and development: Lessons from developing countries*, P. Brusick, et al. (ed.). New York and Geneva, United Nations: 251-263.