

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2014)19

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

05-Sep-2014

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

Sesión III - Abogacía: Incorporación de las políticas de competencia en la política económica general y medidas adoptadas por el gobierno en los países de América Latina y el Caribe

-- Contribución de Portugal --

16-17 de septiembre 2014, Montevideo, Uruguay

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Portugal PARA SU DEBATE en la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en Uruguay.

Contacto: Mario UMAÑA, Especialista en comercio y competencia, Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Tel: +1 (202) 623-3256, Correo electrónico: mariou@iadb.org.

JT03361620

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2014)19
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA



16-17 de septiembre de 2014 • Montevideo • Uruguay

Sesión III - Abogacía: Incorporación de las políticas de competencia en la política económica general y medidas adoptadas por el gobierno en los países de América Latina y el Caribe

-- CONTRIBUCIÓN DE PORTUGAL --

1. El papel de la promoción y defensa de la competencia en la Ley de Competencia portuguesa

1. En conformidad con el Estatuto de la Autoridad Portuguesa de Competencia (en lo sucesivo APC), aprobado por el Decreto Ley no. 10/2003, del 18 de enero, la APC es la responsable de promover la adopción de prácticas que promuevan la competencia y de difundir una cultura de la competencia entre los actores económicos y el público en general, así como la encargada de contribuir al mejoramiento del sistema legal portugués en todas las áreas que puedan afectar a la competencia, por iniciativa propia o a solicitud del gobierno portugués.

2. En cumplimiento de sus objetivos establecidos legalmente, la APC tiene la facultad de emitir recomendaciones. La recomendación es un instrumento que se ha usado desde la creación de la APC, en áreas como farmacias, reglas sobre la apertura de gasolineras, licitaciones públicas en el sector de telecomunicaciones, entre otras.¹

3. La nueva Ley de Competencia portuguesa de 2012 (Ley no. 19/2012 del 8 de mayo) confiere a la APC la facultad de realizar los estudios de mercado y las indagaciones sobre sectores económicos y categorías de acuerdos que sean considerados necesarios para esclarecer las circunstancias que ofrecen indicios de alteraciones o restricciones a la competencia, después de lo cual la APC puede dirigir al gobierno o a otras instituciones recomendaciones con respecto a las medidas de comportamiento o estructurales que sean adecuadas para restablecer o garantizar la competencia en el mercado en cuestión.

¹ Las recomendaciones emitidas por la APC están disponibles en su portal de internet en portugués:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Estudos_e_Publicacoes/Recomendacoes_e_Pareceres/Paginas/Recomendacoes-e-Pareceres.aspx.

4. La APC ha establecido como una de sus prioridades para el año 2014, el desarrollo de capacidades internas para la implementación de un programa de Evaluación del Impacto de la Competencia que incluye una evaluación *ex ante* y *ex post* de las políticas públicas portuguesas.²

5. En el contexto de una reorganización reciente de su estructura interna, la APC ha creado una Unidad Especial para la Evaluación de la Competencia en las Políticas Públicas.

6. A esta Unidad Especial se le ha confiado la misión de implementar un procedimiento de evaluación del impacto de la competencia en las actividades públicas de legislación y regulación en el seno de la APC, contribuyendo de este modo a una perspectiva más competitiva en la regulación del mercado.

7. Con la creación de esta Unidad Especial, la APC reconoce que su función en la Política Pública de Competencia no se limita a hacerla cumplir, sino que también implica la defensa de la competencia y la promoción de prácticas más eficientes en los mercados y en la regulación de esos mercados.

8. En la estructura interna de la APC, se asignaron a la Unidad Especial las siguientes responsabilidades:

- Promover la evaluación del impacto de la competencia de las políticas públicas;
- Dar seguimiento a las iniciativas legislativas del Parlamento o del Gobierno que tengan impacto en la competencia;
- Dirigir recomendaciones al Gobierno, a las autoridades reguladoras del sector y a otras entidades públicas sobre medidas que tienen impacto en la competencia;
- Contribuir a la difusión de una cultura de evaluación continua del impacto competitivo de las políticas públicas;
- Establecer relaciones con instituciones nacionales e internacionales en relación con el tema de la evaluación del impacto de la competencia.

9. La APC tiene la intención de realizar una serie de iniciativas que contribuirán a la creación de las capacidades de evaluación del impacto de la competencia en el seno de su propio organismo, y de despertar la conciencia pública y privada de los beneficios que representa la intervención pública de fomento de la competencia en los mercados.

10. Considerando el impacto positivo que se espera en la eficiencia y la competitividad de la economía portuguesa de la regulación en pro de la competencia, la APC desea convertir esta iniciativa en un proyecto nacional que implique a las instituciones gubernamentales en todos los niveles (central, regional y local) así como a los reguladores sectoriales.

11. Con el fin de alcanzar los objetivos mencionados, se ha definido un plan para ser implementado en paralelo y que consiste de las siguientes etapas:

² Véase, http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/Instrumentos_de_gestao/Prioridades/Documents/AdC_Prioridades_2014.pdf.

- **Formulación de la política pública:** esto abarcará:
 - a. Lineamientos para la elaboración de una evaluación de la competencia , valiéndose del Manual de herramientas de la OCDE y de la experiencia de otras autoridades de competencia de la Unión Europea, así como de la experiencia que se refleja en el trabajo en curso en el Grupo de Promoción de la Red Internacional de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés).
 - b. Fomentar la capacidad interna en la APC con el establecimiento de la unidad interna para la evaluación de la competencia.
- **Promoción y defensa:** establecer las bases para la comunicación eficaz con los participantes:
 - a. Institucional: promover la conciencia de que la evaluación de la competencia es parte de una regulación más eficiente y un medio para fomentar el impacto de las políticas públicas en la eficiencia de la economía, lo cual también puede implicar fomento de la capacidad para la evaluación de la competencia en el Gobierno y en el Parlamento, así como en otras instituciones públicas específicas, como reguladores sectoriales.
 - b. Participantes privados: involucrar a asociaciones empresariales y organizaciones de consumidores en promover la conciencia de la evaluación de la competencia y desarrollar asociaciones para identificar posibles áreas de interés para el análisis/la intervención;
 - c. Interna: fomentar el conocimiento de los diferentes sectores en el contexto del cumplimiento de las leyes antimonopolio y sobre consorcios, y creando canales de comunicación internos para identificar las posibles áreas de intervención.
 - d. Presentar los lineamientos del proyecto a la consulta pública para despertar conciencia en la opinión pública y obtener insumos de participantes relevantes.
- **Intervención:** en esta etapa, la intervención se centrará en el desarrollo de capacidades institucionales para la evaluación de la competencia, tanto en conocimientos y habilidades como en recursos humanos; esto se logrará mediante:
 - a. Intervención en casos específicos: se seleccionará un pequeño número de casos adecuados para ilustrar el uso de la evaluación de la competencia en el contexto portugués, tomando en cuenta el probable impacto en las condiciones de la competitividad;
 - b. Intervención *ex post* realizando un análisis de la evaluación de la competencia del marco regulador en dos sectores seleccionados.

Ambas etapas serán instrumentales para el desarrollo de los lineamientos y la formación de la unidad interna, proporcionando experiencia práctica para poner a prueba y demostrar las ventajas del procedimiento de evaluación de la competencia.
- **Planeación estratégica:** el desarrollo del proyecto formará un equipo con experiencia sustancial en evaluación de la competencia que será capaz de seguir cumpliendo con estas funciones de manera continua, llevando a cabo la evaluación del impacto de la competencia tanto en las leyes existentes como en los proyectos de ley.

2. Iniciativas de abogacía recientes

12. En el seguimiento de este plan, la APC recientemente ha concluido algunos análisis que pueden ilustrar los beneficios de la evaluación del impacto de la competencia, y que pueden también ser de interés para otros países que consideren la adopción o el desarrollo de planes o estrategias similares.

2.1 Privatización de la gestión de los residuos

13. El gobierno portugués en la actualidad está en proceso de privatizar la compañía de propiedad estatal de gestión de residuos, la EGF –*Empresa Geral do Fomento, S.A.*,³ que es la compañía subsidiaria del grupo *Águas de Portugal*⁴, responsable de garantizar el tratamiento y la recuperación de desperdicios.

14. Los sistemas de tratamiento y recuperación de residuos de la EGF los realizan 11 empresas concesionarias creadas en asociación con los Municipios. Estas compañías procesan alrededor de 3.7 millones de toneladas de basura municipal sólida (BMS) al año, prestando servicio a aproximadamente 60% de la población portuguesa que vive en 174 municipios.

15. En el contexto del proceso de privatización, el Gobierno portugués implementa cambios al marco legal bajo el cual operan las subsidiarias de la EGF. Estas subsidiarias son titulares de concesiones públicas para la gestión de la basura de los sistemas multi-municipales y cada una opera en una zona geográfica determinada. Como cada subsidiaria tiene el derecho exclusivo dentro de la zona de su concesión, no hay ninguna coincidencia espacial en sus actividades.

16. Antes de que el Gobierno portugués aprobara las nuevas propuestas legislativas, el Ministerio de Economía pidió consejo a la APC sobre los anteproyectos de ley referentes al marco jurídico general, así como sobre cada uno de los 11 decretos-ley que rigen cada contrato público de concesión.

17. En el contexto de esta evaluación *ex ante* del impacto de la competencia, la opinión de la APC abordó las principales cuestiones siguientes:

- **Modalidades de privatización:** la APC observó que había otras alternativas a la privatización del holding de empresas EGF junto con sus 11 subsidiarias, como la separación estructural de las subsidiarias en diferentes regiones, fomentando así la competencia por el mercado. Esta posibilidad exigiría la conclusión de contratos actuales de concesión y una posible pérdida de valor económico, con costos que habría que ponderar frente a los beneficios de una mayor competencia en licitaciones futuras, cuando los contratos de concesiones expiren (en cuyo momento cada actor regional, que surgiera de la fragmentación de la EGF, no podría competir por otras concesiones) y de brindar un punto de referencia regulador. Aunque los asesores del Gobierno reconocieron la importancia de las observaciones de la APC, la opción de privatización de la EGF como una entidad única se mantuvo sobre la base de que salvaguardaba los mejores intereses financieros del Estado portugués.

³ <http://www.egf.pt/?lang=en>

⁴ <http://www.adp.pt/>

- **Difundir las actividades de las subsidiarias de concesión pública a los mercados afines y complementarios:** De acuerdo con el proyecto de ley, la extensión a actividades no exclusivas fuera del alcance de la concesión requeriría la autorización del Gobierno, después de la opinión no vinculante del sector regulador y de la APC. La APC recomendó que el marco legal garantizara igualdad de condiciones frente a otros competidores en aquellos mercados afines, pidiendo pruebas de que esas actividades complementarias son económicamente sustentables, impidiendo así el subsidio transversal y otras prácticas excluyentes. Esta recomendación se reflejó en la versión final de la ley en cuestión.
- **Duración del contrato de concesión:** El proyecto de ley establece la duración del contrato de concesión en 20 años, con la posibilidad de extensiones en circunstancias específicas, hasta un máximo de 50 años. Según la APC, dado que estas actividades están sujetas a un derecho exclusivo, la mejor manera de asegurar los beneficios de la competencia es limitar la duración de tales derechos para que pueda haber competencia por el mercado en intervalos más breves, es decir, con la mayor frecuencia posible, dada la necesidad de recuperar las inversiones, cuando la concesionaria tiene la obligación de invertir. En otras palabras, la duración de esos derechos exclusivos se ha de compensar tomando en cuenta el tiempo necesario para recuperar las inversiones en condiciones normales de rentabilidad. Como la APC no tenía acceso a los futuros planes de inversión, no pudo evaluar si era necesario el periodo de 20 años. La versión final de la ley en cuestión mantuvo el periodo de 20 años, considerando que esta decisión tomaba en cuenta el marco temporal necesario para la recuperación de las inversiones por los concesionarios.

18. En suma, a las recomendaciones de la APC en su opinión consultiva se les dio el peso adecuado en la versión final de la ley en cuestión. Además, esto consolidó la nueva facultad de la APC para emitir opiniones no vinculantes antes de que las empresas concesionarias de un servicio público para un sistema multi-municipal de gestión de desechos puedan entrar en un mercado afín.

19. Cabe señalar que lo anterior es sin perjuicio de la capacidad de la APC para intervenir en el proceso de privatización, de conformidad con sus facultades de control de las concentraciones empresariales.

2.2 Contratos públicos e igualdad de oportunidades

20. La APC también ha estado activa en la evaluación del impacto en la competencia de procedimientos de licitación para contratos públicos. Dos iniciativas recientes merecen especial mención.

21. La primera es consecuencia de una recomendación emitida por la APC en 2004, respecto al suministro de servicios de telecomunicación. Con la tendencia reciente de las operadoras de telecomunicaciones a integrar las comunicaciones fijas y móviles-celulares, especialmente en el caso de los consumidores residenciales (tres o cuatro servicios integrados), la agencia pública a cargo de las adquisiciones públicas centralizadas trató de crear un solo contrato para un conjunto de servicios fijos y celulares.

22. Desde la perspectiva de la APC, dada la concentración superior de operadoras integradas en Portugal (tres operadoras) y la necesidad de fomentar la competencia en el negocio de las comunicaciones fijas, que representa una porción mayor de servicios adquiridos por entidades públicas, se ha de exigir a las operadoras que presenten ofertas por separado para cada segmento.

23. El segundo caso consiste en que una entidad de adquisiciones públicas optó por usar un procedimiento de pre-calificación, de conformidad con la ley portuguesa, y después impuso un requisito de experiencia curricular que podía favorecer al proveedor actual.

24. La APC está actualmente en proceso de redactar una recomendación basada en la evaluación del impacto en la competencia de la imposición de este tipo de requisito extra y de su adecuación, necesidad y proporcionalidad dado el objetivo público que se persigue.

2.3 *El tercer sector (cooperativas y otras entidades del sector social) y la política de competencia*

25. La Constitución portuguesa reconoce y protege tres sectores de actividad económica: el sector privado, el sector público y el tercer sector, que incluye cooperativas, sociedades mutuas y otras organizaciones similares sin ánimo de lucro.

26. De acuerdo con los principios de la ley de competencia de la Unión Europea y Portugal, “el concepto de empresa incluye a toda entidad dedicada a la actividad económica, independientemente del estatus legal de la entidad y de cómo esté financiada”.⁵ Por ende, incluso las entidades sin ánimo de lucro están sujetas a las reglas de la competencia, siempre que se dediquen a una actividad económica.

27. La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia en el campo de la seguridad social distingue entre proyectos económicos y proyectos basados en el principio de solidaridad.⁶

28. En los últimos años, con la disminución de la financiación estatal a entidades del sector terciario, algunas de estas organizaciones han ingresado, o están considerando ingresar, en áreas en las que ya hay un mercado bien establecido.

29. La APC está evaluando en la actualidad dos casos que implican servicios funerarios y servicios veterinarios, en los que la entrada de entidades del sector terciario suscita preocupación respecto hasta qué punto han de estar exentas de algunas o de todas las reglas que se aplican a las empresas del sector privado y sobre cómo distinguir entre las actividades que cumplen con los requisitos del principio de solidaridad y las actividades con base en el mercado.

30. Este es un nuevo terreno que exige una apreciación cuidadosa de las cuestiones competitivas, pero también de los valores sociales que están en juego.

⁵ Sentencia de la Corte Europea de Justicia en el caso C-41/90, Höfner y Elser c. Macroton GmbH, ECR 1991, I-1979, parágrafo 21.

⁶ Para un resumen de la jurisprudencia, véase Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las reglas de ayuda estatal de la Unión Europea para la compensación otorgada por el suministro de servicios de interés económico general, OJ C 8, 11.1.2012, p. 4, párrafos 17-20.