

**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

-- Documento de base elaborado por la Secretaría del BID --

16-17 de septiembre 2014, Montevideo, Uruguay

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Mario A. Umaña (Secretaría del BID) como aportación para el debate la Sesión III del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en Uruguay.

Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad personal del autor y no deberán atribuirse al BID, a la OCDE ni sus países miembros respectivos.

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

JT03361362

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.

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

ABOGACÍA: *MAINSTREAMING* DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

-- DOCUMENTO DE BASE ELABORADO POR LA SECRETARÍA DEL BID --

1. Introducción

1. Esta nota de antecedentes plantea algunas hipótesis que explican por qué la política de competencia no se encuentra al frente de la política económica de los países de América Latina y el Caribe (ALC). También detalla las ventajas que aportaría la integración de principios de competencia al desarrollo económico de la región.

2. En los últimos 20 años, la gran mayoría de los países de ALC han adoptado un sistema de competencia que incluye al menos una ley de competencia y una agencia de competencia responsable de su ejecución. La totalidad de los organismos de competencia de la región de ALC está investida con poderes de abogacía como parte de su portafolio de instrumentos.¹ Existe una amplia literatura sobre el papel que debería desempeñar la Abogacía de la Competencia en el trabajo ordinario de los organismos de competencia y sus ventajas y limitaciones. No obstante, faltan datos empíricos que midan el éxito de las actividades de abogacía y promoción de la integración de principios de la política de competencia en la implementación general de la política económica, incluidas actividades en las que participan instituciones gubernamentales. Por lo general, los organismos de competencia, como parte de sus actividades de abogacía, tienden a reaccionar en contra de la presencia de barreras legales y regulatorias que distorsionan el mercado. Dicho esto, no hay datos de medición de los resultados de estos esfuerzos de abogacía que generalmente dan lugar a opiniones no vinculantes para la administración.

* Esta nota técnica fue preparada por Mario A. Umaña, Especialista Líder del sector de Integración y Comercio (INT) con el apoyo de Marianela López-Galdos de la Oficina de Integridad Institucional (OII/OII) e Ignacio de León de la División de Competitividad e Innovación (IFD/CTI) del Banco Interamericano de Desarrollo, como aportación para el debate de la Sesión III del LACF 2014. Las opiniones expresadas en este artículo son responsabilidad personal del autor y no deberán atribuirse al BID, ni a los países miembros del BID.

¹ Véase, Kovacic y López-Galdos, UNCTAD-Benchmarking Competition Authorities: A Global Survey of Major Institutional Characteristics.

3. La evaluación comparativa de los sistemas de la competencia entre los países de ALC muestra que los gobiernos están dando cada vez más importancia a la integración de los principios de competencia en sus políticas. No obstante, situaciones de economía política coexisten dentro de un contexto donde grupos de presión fuertes y otros tipos de grupos interesados desempeñan un papel importante. El resultado es que muchos sistemas de competencia y políticas industriales más amplias prevén como parte de sus objetivos la protección de sectores y empresas que están bajo cierta categoría (agricultura, servicios públicos, PYMEs, etc.). Estos otros objetivos a menudo superan la meta de bienestar del consumidor que tradicionalmente busca la política de competencia, y en ocasiones, las leyes de competencia se aplican en un vacío. A pesar de que el perfil de la política de competencia es cada vez mayor en la región, en la mayoría de los casos, sigue siendo un *jugador de segunda división en espera de ser ascendido a la liga premier*.

4. No hay una imagen clara de cómo se utilizan los principios de la política de competencia o cómo se integran en el marco económico general de los países de ALC. De hecho, generalmente, la política de competencia no es percibida por los principales responsables de la formulación de políticas como pilar fundamental para aumentar la riqueza de los países de ALC. Por lo tanto, la política de competencia es a menudo inexistente en la agenda política de la mayoría de los gobiernos, dejando a las agencias de competencia con un perfil bajo y una asignación presupuestaria escasa.² Por otra parte, las cuestiones de política de competencia, por lo general, no son tema (al menos directamente) de la mayoría de las campañas políticas, a pesar de que un gran porcentaje del poder adquisitivo de la población (especialmente aquella con menor ingreso) se ve afectado por actividades anticompetitivas en mercados de bienes y servicios básicos. De hecho, en la región de ALC hay un discurso político homogeneizado sobre la necesidad de reducir los precios al consumidor, pero que rara vez se hace referencia a la política de competencia como herramienta necesaria para ese fin.

5. Esta nota técnica del BID argumenta que la incorporación de la política de competencia en la política económica general puede abrir puertas adicionales a los responsables de formular políticas para impulsar el desarrollo económico en los países de ALC. Lo anterior es particularmente importante en un momento en que las herramientas tradicionales de política económica (política fiscal, monetaria y financiera) han demostrado su limitación para el logro de los objetivos de desarrollo económico. En detalle, la política de competencia puede contribuir a: i) el bienestar de los consumidores en forma de precios más bajos, lo que aumenta el poder adquisitivo de los consumidores, especialmente aquellos con ingresos más bajos, ii) ahorros fiscales al mejorar la competencia en los procesos de contratación pública y iii) impulsar la productividad (competitividad) del sector privado mediante el aumento de las condiciones de rivalidad en el mercado nacional y la promoción de la innovación. La abogacía de competencia efectiva puede de hecho contribuir a eliminar los obstáculos legales/regulatorios que impiden el funcionamiento eficaz de los mercados. En este contexto, hay dos preguntas clave que siguen sin respuesta y que se refieren a la capacidad limitada de abogacía que tienen las autoridades de competencia y a cuál es la mejor metodología para llevar a cabo dichas actividades. El éxito en el *mainstreaming* de la política de competencia puede también ligarse a una adecuada comprensión de la economía política de cada país y región.

²

Sin duda, en los países y regiones donde la política de competencia ha sido capaz de influir en la política económica general, el desempeño de la economía ha sido fuerte: EE.UU., la UE, Japón, Corea, Australia y Nueva Zelanda. Recientemente, las economías emergentes como India y Chile mostraron un incremento en su compromiso en la integración de la política de competencia. Véase, por ejemplo Metha y Agarwal, *Time for a Functional Competition Policy and Law in India: Mainstreaming competition principles into policy and legal framework is pro-development*. CUTS Centre for Competition (2006), disponible en www.cuts-international.org/pdf/compol.pdf

2. Una visión general de los sistemas de competencia de ALC y los poderes de abogacía de las agencias

6. La región de ALC no es una excepción a la tendencia mundial desde los años 90, donde las naciones promulgaron leyes de competencia.³ A partir de julio de 2014, sólo Guatemala⁴ carece de una legislación específica en materia de competencia en América Latina (aunque los principios de competencia están incrustados en su Constitución nacional). En el Caribe, la situación es más heterogénea: Haití, Belice, Surinam y los países de la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS) no han promulgado legislación regional o subregional alguna, sin embargo todos (a excepción de Haití) están trabajando actualmente en la elaboración de borradores. Barbados y Jamaica tienen organismos de competencia en operación, mientras que Trinidad y Tobago tiene una legislación, pero ninguna agencia en operación.⁵ Existe una Comisión de Competencia regional con sede en Paramaribo, Surinam, bajo la CARICOM que aplica la legislación de competencia regional.

7. A nivel regional, como se discutió en la LACF 2013⁶, hay 4 bloques de integración que buscan consolidar uniones aduaneras y/o mercados comunes: Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Comunidad del Caribe (CARICOM), sin embargo, la ley y la política de competencia aún no juegan un papel importante en los esfuerzos de integración. En el Mercosur, no hay legislación regional de competencia sustantiva, sino sólo un requerimiento para contar con una legislación nacional y algunos esquemas de colaboración. El comité regional de la competencia no es operativo y, además, sus decisiones no se pueden implementar directamente, sino que tienen que pasar a través de las autoridades nacionales. La Comunidad Andina tiene un marco jurídico regional sustantivo (conocido como la Decisión 608), pero lamentablemente no se ha utilizado hasta ahora, dejando el asunto como un ejercicio teórico. CARICOM ha promulgado normas regionales y cuenta con una Comisión Regional. Hasta el momento no se ha adjudicado ningún caso. Los países centroamericanos han completado su Unión Aduanera, pero no tienen normas regionales en materia de competencia. Las autoridades de competencia han formado un grupo de trabajo que ha completado un proyecto regional que será revisado en breve por los organismos pertinentes (tanto regionales como nacionales) encargados del proceso de integración en esta región.

8. La existencia de una ley de competencia es una condición previa para la existencia de la política de competencia, pero no suficiente. Es crucial una estructura institucional robusta y en funcionamiento para poner en práctica dicha legislación. El diseño institucional deficiente de los organismos de competencia en la región de ALC es doble. En primer lugar, no se sabe cómo la estructura institucional impacta los resultados de la política de competencia. En segundo lugar, los gobiernos tienden a centrarse en aquellos aspectos institucionales que quieren mantener bajo control, incluidos la metodología para

³ Por favor, consulte www.gwcl.com/database para obtener una lista completa de los países y sus legislaciones nacionales de competencia.

⁴ El Ministerio de Economía hace un seguimiento limitado a los asuntos de competencia. Hay otros 2 países que merecen especial atención: La agencia PROCOMPETENCIA de República Dominicana designada desde 2012, pero donde la aplicación de la ley no ha iniciado (a julio de 2014) en espera del nombramiento del Director Ejecutivo. Del mismo modo, Paraguay promulgó una ley en 2013, pero su aplicación está esperando el nombramiento de la Comisión.

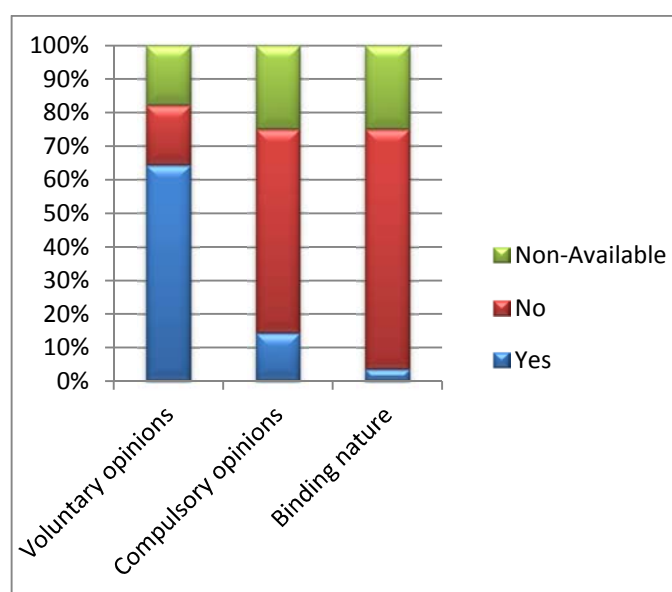
⁵ El 9 de julio de 2014, el Secretario de Comercio, Industria, Inversión y Comunicaciones de Trinidad y Tobago nombró a los tres comisionados de la Comisión Federal de Comercio, de tal manera que la aplicación de la ley debe comenzar en cualquier momento, de conformidad con el mandato del Capítulo VIII de la Revisión del Tratado de Chaguaramas.

⁶ Véase Luis Diez-Canseco. BID. *Regional Competition Agreements*. 2013 Latin American Competition Forum. Session II

designar a los jefes de los organismos y la distribución de mandatos en otros sectores para evitar que las agencias de competencia estén sobre empoderadas. Hay algunas excepciones que merece la pena identificar: (i) Chile tiene una sólida estructura institucional y (ii) México y Brasil, ambos con organismos fuertes y respetados y una legislación actualizada recientemente que fortaleció el papel de la política de competencia en la economía y (iii) Perú, Colombia y Panamá con agencias más grandes debido a la multiplicidad de mandatos (por ejemplo: protección del consumidor, competencia, prácticas de comercio desleales, propiedad intelectual). A pesar de los avances observados en el desarrollo institucional, es también evidente que un menor número de países han sido capaces de integrar la política de competencia a la política pública en general.

9. Una de las debilidades observadas en todas las regiones de ALC es que las autoridades de competencia son relativamente pequeñas con carencia de personal y presupuesto.⁷ El diseño institucional tiene un impacto en los resultados y las limitaciones antes mencionadas comprometen su capacidad de hacer cumplir adecuadamente la legislación de competencia, de promover la política de competencia y afectan su independencia /autonomía con respecto al poder ejecutivo.⁸

10. Un análisis del mandato de abogacía de las autoridades de competencia de ALC revela un patrón interesante. Los poderes de abogacía son generalmente traducidos en la facultad de emitir opiniones, ya sea en forma voluntaria u obligatoria, y la caracterización de las opiniones como vinculantes o no. En este sentido, la tendencia consolidada a nivel regional es conceder a los organismos facultades para emitir opiniones de manera voluntaria, sin efectos vinculantes.



Fuente: Kovacic y López-Galdos, Benchmarking Competition Systems: A Global Survey of Major Institutional Characteristics, UNCTAD 2012.

⁷ Véase Peer Reviews of Competition Law and Policy in Latin America. ISBN-978-92-64-042010/OECD/IDB 2007 para una evaluación de 5 países (Brasil, Argentina, México, Perú, Chile)

⁸ Véase William E. Kovacic y David A. Hyman. Competition Agency Design: What's on the menu? (November 21, 2012). GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-135; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-135; Illinois Public Law Research Paper No. 13-26. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2179279> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2179279>

11. Una sólida mayoría incluye la posibilidad de emitir opiniones sobre la legislación existente o en proyecto de forma voluntaria y no vinculante. Mientras que la mayoría de las agencias tiene derecho a publicar opiniones sobre la legislación que afecta a la competencia, sólo unos pocos de estos dictámenes son vinculantes. Además, en muy pocos casos el poder legislativo está obligado a solicitar opiniones de las agencias antes de aprobar una nueva legislación.⁹ Estos resultados están íntimamente relacionados con la legitimidad democrática que tienen las agencias. La posibilidad de publicar dictámenes sobre la legislación que afecta a la competencia está en línea con los objetivos de las agencias para asegurar que la competencia gobierne los mercados. No obstante, la naturaleza obligatoria de estas opiniones no está necesariamente alineada con la consecución de los objetivos de las agencias. De hecho, la genealogía de la distribución de poderes claramente atribuye al poder legislativo con la facultad exclusiva de adoptar leyes. La legitimidad democrática que se requiere en la adopción de las leyes podría faltar si a las opiniones de las agencias se les da un carácter vinculante. Por las mismas razones, la legislatura no siempre está obligada a solicitar la opinión de las autoridades nacionales de competencia antes de aprobar legislación que puede afectar la competencia en los mercados.

3. Hipótesis sobre la preferencia de otras políticas públicas diferentes de la competencia

12. La política de competencia se basa en el paradigma clásico de que la rivalidad entre los agentes económicos aumenta la capacidad de los mercados para determinar precios eficientes en la economía e impulsar la innovación.¹⁰ Sin embargo, la política de competencia está constantemente en tensión con otras políticas públicas a menudo impulsadas por factores que aumentan el papel del gobierno en la formación de los precios: la política industrial, la política agrícola que favorece la soberanía alimentaria, la política para regresar a los modelos de empresas públicas (SOEs por sus siglas en inglés), políticas de PYME, ayudas estatales, protección de la propiedad intelectual y la innovación, la política de adquisiciones públicas y la política comercial, entre otras. El sesgo anti-mercado en la región y algunas de las medidas correctoras establecidas pueden tener sus raíces en el pasado colonial de la región.¹¹ Las ganancias a corto plazo pueden con frecuencia entrar en conflicto con los objetivos políticos de largo plazo. Además, las últimas crisis económicas mundiales pueden haber disparado políticas anti-mercado mejoradas en la región, en particular la aparición de nuevos tipos de políticas industriales.¹²

13. En resumen, algunas explicaciones de este fenómeno son: i) La incapacidad de las agencias de competencia para educar a los consumidores sobre los beneficios de las políticas de competencia (que a su vez están menos organizados que otros grupos de interés); ii) El uso de las políticas de competencia para fines distintos al bienestar de los consumidores por parte de los poderes legislativo y ejecutivo (ruptura de conglomerados, el proteccionismo de las empresas y la protección de las PYME); iii) falta de claridad administrativa y judicial en cuanto a la definición de las actividades transnacionales que son o no

⁹ Evaluación de los requisitos y recomendaciones de los miembros de la ICN sobre los futuros trabajos de la ICN sobre Abogacía de la Competencia Preparados por el Grupo de Trabajo de Abogacía de la Competencia del ICN Sub-Grupo 1: Revisar y actualizar el Proyecto Presentado en la 8^a Conferencia Anual de la ICN en Zúrich, junio de 2009.

¹⁰ Véase A framework for the design and implementation of Competition law and policy. World Bank, OECD (1999)

¹¹ Véase Francisco Marcos, *En defensa de la competencia pero en contra del mercado: la paradoja antitrust en Latinoamérica*. Notas a propósito de An Institutional Assessment of Antitrust Policy. The Latin American Experience, Ignacio de Leon, International Competition Law Series, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, 647 páginas (ISBN 978-90-411-2478-4), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1507142>

¹² Véase Claudia Chattan, *La Crisis Económica Actual y los Desafíos para la Política de Competencia en la región Centroamericana*, presentación en el III Foro Centroamericano de Competencia, Roatan, Honduras, 13 Y 14 de mayo 2009.

anticompetitivas y iv) la desalineación entre las eficiencias económicas a corto y largo plazo y las metas económicas (es decir: protección de la propiedad intelectual y las necesidades de innovación, política industrial, etc.). Por último, el sector privado tradicional establecido a menudo percibe la política de competencia como una amenaza para el *status quo*.

3.1 *Incapacidad de los organismos de competencia para educar a los consumidores sobre los beneficios de las políticas de competencia*

14. Los líderes de la política de competencia no han sido capaces de explicar con datos fidedignos los beneficios de la competencia. Por otra parte, algunos académicos como Shughart, Tollison, Rubin, Asch y Séneca ayudaron a socavar la noción de que existe una base empírica para respaldar la hipótesis de que si la competencia se incrementa, se evitan las ganancias del monopolio y aumenta el bienestar del consumidor al aplicar la ley de competencia.¹³ Las agencias de competencia están a menudo demasiado ocupados persiguiendo conductas anticompetitivas privadas, examinando concentraciones o en algunos casos, simplemente tratando de sobrevivir. El hecho es que hay pocos recursos asignados a entender y explicar mejor los beneficios para los consumidores si la competencia se introduce en todos los mercados relevantes. Los agentes económicos por naturaleza tratan de evitar la competencia¹⁴ y normalmente están mejor organizados que los consumidores y en mejor posición para influir en la política pública.

3.2 *El uso de las políticas de competencia para fines distintos al bienestar de los consumidores por parte de los poderes legislativo y ejecutivo*

15. La razón de ser de la promulgación de la ley y la política de competencia se basa a veces en diversas percepciones sobre cómo los mercados pueden funcionar de manera más eficiente. No es inusual promover remedios de la política de competencia sobre el fundamento del tamaño de las empresas: la lucha contra las grandes empresas y la defensa de las empresas más pequeñas, independientemente del efecto sobre los consumidores.¹⁵ Esto explica por qué incluso algunos países que defienden una fuerte intervención gubernamental en la economía han apoyado algún tipo de política de competencia. La composición de la mayoría de los parlamentos modernos a menudo favorece una conexión lógica del legislador con los grupos de interés que contribuyeron a su campaña e hicieron posible su elección. Más aun, los productores y los agentes económicos están bien organizados en sindicatos y organizaciones y ejercen su poder de manera eficiente¹⁶ en sus esfuerzos de cabildeo. El Poder Ejecutivo en los sistemas presidenciales, aunque menos unido a los grupos de interés, también es a menudo objeto de captura del regulador.¹⁷ Por otro lado, la política de competencia no es una característica recurrente del discurso político, incluidos manifiestos de partidos o mensajes de campañas políticas, contrario a la presencia de la política industrial, el desarrollo de las PYME, los controles de precios, etc. en esta área.

¹³ Véase Barry M. Hagger, *The Antitrust Experience of the United States: The Model for Regulation of a National Economy confronts the Global Economy*, in Competition Policy, Deregulation and Modernization in Latin America, Naom and Tulchin, Chapter 9, pp 210.

¹⁴ "El punto culminante de la competencia es el monopolio y toda competencia no es más que una lucha por el monopolio". Véase Robert Liefmann, *Monopoly or Competition as the Basis of a Government Trust Policy*, The Quarterly Journal of Economics, Vol 29, Issue 2, pp 308-325.

¹⁵ Incluso la Ley Sherman, la ley principal antimonopolio de Estados Unidos nació de la revolución industrial y fue una herramienta para luchar contra los conglomerados (*trusts*) con la preocupación del uso injusto del poder y las disparidades en la riqueza. Véase Eleanor Fox y Robert Pitofsky: *United States, in Global Competition Policy*, Institute of International Economics, Chapter 7 p 235 (1997).

¹⁶ Véase Oscar Arias. *Los Grupos de Presión*. Editorial Costa Rica (1971)

¹⁷ Véase Michael Levine and Jennifer L Forrence, Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis. Journal of Law, Economics & Organization 1990.

3.3 *Falta de claridad administrativa y judicial en cuanto a la definición de actividades que son o no anticompetitivas*

16. La jurisprudencia administrativa y judicial en evolución y a veces contradictoria, puede causar confusión en los agentes económicos.¹⁸ Desde el paradigma SCP y la Escuela de Harvard hasta la Escuela de Chicago, la Nueva Economía Institucional, la Escuela Austriaca, la teoría de juegos o la economía evolutiva, etc., los organismos y tribunales de América Latina se esfuerzan en buscar la claridad técnica. Este amplio menú de desarrollos económicos teóricos es más evidente en el área de la conducta unilateral y control de las concentraciones, donde el análisis económico profundo es a menudo necesario, pero también está presentes en la zona vertical. No sólo las escuelas de pensamiento económico son diversas, sino también los trasplantes legales y las tradiciones jurídicas.

3.4 *La desalineación entre las eficiencias económicas a corto y largo plazo y las metas económicas*

17. La política de competencia se dirige fundamentalmente a la conducta ilegal de las empresas, así como a las barreras legales que pueden afectar la eficiencia de Pareto de los mercados. No está muy claro cuál es la relación de la política de competencia con las metas de desarrollo de largo plazo que implican, por definición, la concentración de capital para actividades como la innovación o aquellas que requieren economías de escala importantes (es decir: el tamaño) que son esenciales para el crecimiento sostenible. Esta visión *schumpeteriana* del desarrollo económico puede sonar demasiado antagónica para la visión ortodoxa de los mercados competitivos, y sin embargo, la mayor parte de la literatura latinoamericana reciente sobre Política de Competencia no está lejos de ella.¹⁹

4. Las ventajas del *mainstreaming* de los principios de competencia

4.1 *Dimensión social de la competencia*

18. A pesar de que el papel de la política de competencia en la lucha contra la pobreza es todavía debatible²⁰, algunos datos empíricos pueden mostrar cierto potencial interesante si está presente alguna mejora en el clima de los negocios. La mayor parte de los bienes y servicios consumidos por las poblaciones que viven debajo del umbral de la pobreza tienen fuertes problemas relacionados con la competencia. Es decir, un gran porcentaje del poder adquisitivo de los pobres se ve afectado por la falta de comportamiento del mercado en algunos sectores. Suponiendo que los bienes y servicios en los carteles tienen un sobreprecio de 20% a 40%, cualquier corrección inducida por la política de competencia puede aumentar de facto los niveles del poder adquisitivo de los pobres con un costo fiscal muy pequeño, por cierto. Los consumidores de América Latina pueden haber pagado cerca de USD \$35 mil millones en sobreprecios debido a la fijación de precios de los cárteles internacionales entre 1990 y 2007.²¹ En otro estudio²², la OCDE midió el impacto del poder de mercado en los niveles de gasto de los hogares en productos básicos como tortillas, pollo y leche en México. Los datos mostraron que el efecto negativo relativo del poder de monopolio es mayor en el diez por ciento más pobre de los hogares. Por otra parte, la

¹⁸ Véase Ignacio de Leon, *Institutional Assessment of Antitrust Policy*. The Latin American Experience, International Competition Law Series, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, cited by Marcos op cit supra 11.

¹⁹ Véase entre otros: Ignacio de León, Jose Tavares de Araujo, Luis Tineo, Ana Julia Jatar.

²⁰ Véase OECD Secretariat, *Does Competition in markets for essential goods and services reduce poverty?*, Background Note, Session I Competition and Poverty Reduction, 2012 Latin American Competition Forum.

²¹ Ibid, paragraph 37, citing work from John Connor.

²² Véase Carlos Urzúa, "Evaluation of the Distributional and Spatial Effects of Companies with Market Power in Mexico", available at www.oecd.org/dataoecd/43/20/45047597.pdf

eliminación de las barreras legales en algunos casos puede tener efectos similares o incluso más grandes porque las distorsiones son mayores y más difíciles de superar. También es cierto que un efecto contrario en los pobres puede ser causado por la política de competencia con respecto a los productores pobres.²³

19. El caso de la protección arancelaria al arroz en Costa Rica²⁴ puede servir para ilustrar el punto:

Cuadro No. 1

Una combinación de las barreras arancelarias, incluida la Salvaguardia Especial de Agricultura del artículo 5 del Acuerdo sobre Agricultura, tarifas arancelarias sujetas a tasas, controles de precios y las medidas fitosanitarias se utilizan para protegerla de la competencia en Costa Rica. Los cálculos de las estimaciones de apoyo al productor (PSE por sus siglas en inglés) para el arroz, sugieren que los productores de arroz reciben más apoyo que sus contrapartes en Estados Unidos y en la Unión Europea. De acuerdo con los modelos económicos de bienestar, las transferencias de los consumidores a la industria del arroz (productores y molineros) alcanzaron un monto acumulado en 10 años de USD \$396.40 millones de 1996 a 2005, de los cuales el 80% fue absorbido por los molineros y sólo el 20% por los agricultores. Del mismo modo, el valor actual neto de las transferencias de ingresos de los consumidores a los productores de arroz se calculó en USD \$428 millones. El impacto de estas transferencias es socialmente regresivo, ya que el gasto per cápita de arroz es visiblemente más significativo en los hogares de menores ingresos. El precio a los consumidores, medido por el Índice de Precios al Consumidor, indica deterioro del poder adquisitivo de los consumidores y sobre todo en los hogares más pobres. El informe de un estudio reporta un aumento del 8% en la canasta básica total, debido a precios locales más altos en comparación con los precios CIF internacionales calculados para una pequeña canasta de alimentos agrícolas que incluyen arroz, aves de corral, productos lácteos y carne de res.

4.2 Dimensión fiscal de la competencia

20. El papel de la política de competencia en la mejora de las adquisiciones públicas está muy bien documentado, aunque no se divulga con frecuencia. Los organismos encargados de las adquisiciones públicas a menudo centran su atención en la transparencia y la posible corrupción, pero no en la comprensión de la estructura del mercado, las barreras de entrada y el potencial comportamiento ilegal entre los competidores, que son por definición las preocupaciones típicas de las agencias de competencia. Hay un enorme potencial de ahorro y de impacto fiscal positivo, dado el peso de la adquisición pública en el PIB (alrededor de 15% en promedio). Vea a continuación el caso de la falta de competencia en las adquisiciones del Departamento de Seguridad Nacional en los EE.UU.²⁵.

Cuadro No. 2

La regla general de contratación del gobierno es la competencia "plena y abierta". Las normas que controlan la asignación del gobierno federal de \$350 mil millones de dólares en contratos, enfatizan la competencia como una salvaguardia contra la colusión entre compradores gubernamentales y vendedores particulares. El Departamento de Seguridad Nacional (DHS por sus siglas en inglés), sin embargo, fue creado con una exención especial de estas normas estándares. La razón de ser de las exenciones del DHS fue que los requisitos normales de licitación interferirían con la misión de seguridad nacional única del departamento. En 2003, un año después de su creación, el DHS otorgó contratos por un valor de USD \$655 millones sin competencia plena y abierta. Para 2005, esta cifra había aumentado en un 739% a \$5.5 mil millones. Sin embargo, en lugar de que el resultado fuera una más rápida y eficiente adquisición de bienes y servicios, la contratación no competitiva del DHS ha creado un despilfarro, fraude y abuso generalizado.

²³ Véase OECD note, supra note 20

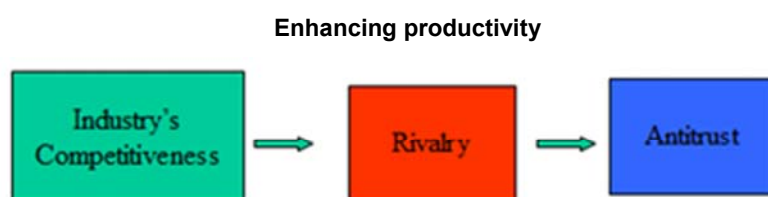
²⁴ Véase Victor Umana, Food Policy Coherence for Sustainable Development: The case of the Rice Sector in Costa Rica, ATDF JOURNAL Volume 8, Issue 1/2 2011, disponible en http://www.atdforum.org/IMG/pdf_VictorUmana.pdf

²⁵ Lani A Perlman. *Guarding the Government's Coffers: The need for Competition requirements to safeguard Federal Government procurement*. Fordham Law Review. Volume 75. Issue 6 (2007), art 17, pp 3187-3188, disponible en <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4289&context=flr>

21. Recientemente, la colaboración conjunta entre la COFECO, Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la OCDE produjo mejoras sustanciales en los procesos de adquisiciones del IMSS, incluyendo un mejor diseño de las Solicitudes de Cotización (RFPs por sus siglas en inglés) y la imposición de multas por prácticas colusorias, resultando en el ahorro de varios miles de millones de dólares estadounidenses.²⁶

4.3 Competencia y competitividad

22. La política de competencia puede ser la columna vertebral de la competitividad a largo plazo para las empresas nacionales que tratan de sobrevivir en el mercado global. El profesor Michael Porter de *Harvard Business School*, desarrolló a finales de los años 90 una teoría moderna de la competitividad, según la cual la rivalidad entre empresas era una condición necesaria para la competitividad (productividad), y donde una implementación fuerte de la legislación de competencia era el elemento clave para inducir la rivalidad.²⁷



23. Se acostumbra ver a la aplicación de la ley de competencia no sólo como una herramienta para combatir la conducta ilegal, sino también para el desmantelamiento de las barreras de entrada. La entrada²⁸ se ha identificado como uno de los elementos esenciales de la competencia.

24. Inducir la rivalidad en los mercados, especialmente en los sectores regulados, ha demostrado ser un ejercicio de enormes proporciones en América Latina. Los esfuerzos de privatización en los años 90 no se basaron necesariamente en la necesidad de abrir mercados, sino en la idea de transferir la propiedad estatal a manos privadas.

25. Recientemente las organizaciones multilaterales han intensificado sus programas de apoyo y políticas públicas destinadas a mejorar el clima de negocios y el funcionamiento de los mercados: El BID y el Banco Mundial apoyaron la creación del Centro Regional de Competencia (CRC), que ha producido muchos estudios sectoriales, directrices y la creación de capacidad para los organismos de competencia y jueces.²⁹ El BID también se ha unido a la OCDE para coordinar el Foro Latinoamericano, como un espacio para hablar de competencia a nivel de país, de las revisiones de los homólogos y temas que afectan el proceso competitivo de los mercados. El Grupo del Banco Mundial ha establecido dos líneas de trabajo: 1) Eliminar las restricciones sectoriales que afectan la competencia del mercado y 2) Apoyo a normas eficaces antimonopolio y de competencia que afectan la competencia del mercado en sectores clave.³⁰ La

²⁶ Véase Secretaría OCDE, *Informe del Secretariado Sobre las reglas y Prácticas de Compras Públicas del IMSS* (2011), disponible en http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf

²⁷ Véase Porter, M. E. "The Competitive Advantage of Nations." *Harvard Business Review* 68, no. 2 (March–April 1990): 73–93.

²⁸ Un análisis correcto de la entrada o de las barreras a la entrada se encuentra en el centro de una evaluación del poder de monopolio. Véase David Harbor and Tom Hoehn, *Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy*, *International Review of Law and Economics* (1994) 14, 411–435

²⁹ Véase <http://www.crcal.org/>

³⁰ Véase www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/cross-cutting-issues/competition-policy/

Red Internacional de Competencia (ICN) ha trabajado intensamente en desarrollar la Abogacía de la Competencia como mejor práctica: "el mandato de la oficina de competencia se extiende más allá del simple cumplimiento de la ley de competencia. También debe participar de manera más amplia en la formulación de las políticas económicas de su país, que pueden afectar negativamente la estructura competitiva del mercado, la conducta empresarial y el rendimiento económico".³¹

5. Conclusión

26. El *mainstreaming* exitoso de la política de competencia requiere un delicado ejercicio de equilibrio entre la inducción de los principios de competencia en todos los niveles de la política pública con la necesidad de mantener la neutralidad y credibilidad de la autoridad de competencia. La función de abogacía es fundamental para la identificación de barreras de entrada y su eliminación. Por otro lado, algunas decisiones políticas importantes relacionadas con, por ejemplo: la apertura de los sectores o decidir los niveles de protección arancelaria y no arancelaria, pueden exceder el papel razonable que desempeña el organismo de competencia.

"Sin embargo, otro aspecto de esa tradición es compatible con una división del trabajo. La concepción constitucional de la ley de competencia exige que la entidad solicitante sea claramente independiente de los acuerdos de decisiones políticas. Esa independencia podría convertir al aplicador de la ley en un promotor aún más eficaz. Un fuerte espíritu de imparcialidad puede dar un peso considerable y autoridad a los comentarios de un organismo independiente. Sin embargo, ese capital es un recurso valioso y puede existir la preocupación de que gastarlo con demasiada libertad en debates políticos contenciosos pueda socavar la credibilidad para la aplicación de la ley".³²

27. Un punto de vista diferente se puede inferir en el papel de la KFTC (Comisión de Comercio Federal de Corea) en la formulación de políticas públicas en Corea. La abogacía de la competencia en Corea es vista como un esfuerzo que tiene por objeto aplicar el principio de la competencia en los procesos de gobierno en la toma de decisiones e implementación de políticas.³³

28. Cualquier esfuerzo por incorporar la política de competencia en el conjunto más amplio de las políticas públicas de los países de ALC, se debe basar en las siguientes condiciones:

- Autoridad de la Competencia fuerte e independiente, con sólida capacidad técnica
- Disponibilidad de datos económicos sobre los beneficios específicos de la competencia para los consumidores
- Estrategia de desarrollo nacional a largo plazo que apoye la competencia y el funcionamiento de los mercados, relacionado con el bienestar del consumidor (especialmente aquellos con menores ingresos), ahorros fiscales y aumento de la productividad.

³¹ Véase International Competition Network, *Advocacy and Competition Policy*, at vi-vii, 2002, available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

³² Véase Secretaría de la OCDE. *The role of Competition Policy In Regulatory Reform* (2014), disponible en <http://www.oecd.org/regreform/32407554.pdf>

³³ Véase Won Joon KIM, *Competition Advocacy Role of the Korea Fair Trade Commission*, available at <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgram2002/Korea.pdf>