



Problemas para la competitividad en la Ley de Promoción de la Competencia¹

Descripción: La Fundación Ambio, en el marco de su proyecto de Gobernabilidad, estimó conveniente revisar varios cuerpos normativos que deben actualizarse para que estén en sincronía con los nuevos retos en competitividad tras la aprobación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

Este es el resultado de la primera materia en evaluación: capítulo de Promoción de la Competencia de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N^o. 7472.

Resumen: Tres son las áreas que deben ser atendidas con urgencia: a) Reforma Procesal: es necesario dar consistencia a la parte procedimental, b) Orgánica: es necesario dar un marco de organización a la Comisión y c) sancionatoria: es necesario establecer mecanismos de disuasión o medidas alternativas a las meramente pecuniarias.

Periodo de Estudio: De Octubre 2007 a Marzo 2008. Estudio realizado por el Lic. William A. Méndez para la Fundación Ambio en coordinación con el grupo asociado de analistas de la Fundación.

Objeto de Estudio: Legislación vigente, propuesta de reforma y casos (jurisprudencia); estudio jurídico comparado y doctrina.

¹ Estudio realizado por el Lic. William A. Méndez para la Fundación Ambio en coordinación con el grupo asociado de analistas de la Fundación.

Retos de la Comisión de Promoción de la Competencia

Aspectos generales filosóficos de la legislación

1. Debe facilitar la competencia antes que regular los competidores
2. Debe contener reglas claras procesales (debido proceso y apego al principio seguridad jurídica y legalidad)
3. Siendo que imparte justicia debe reunir los requisitos de un juez natural, inocencia, inmediatez de la prueba, confidencialidad de la información y separación y deslindamiento de las funciones de fiscal, parte y juzgador.
4. Debe actualizar el marco sancionatorio teniendo como último recurso las multas y adecuación de la pena al caso examinado

El marco regulatorio debe:

- Orientar hacia la competitividad
- Promover la libre y sana competencia
- Las empresas deben optar por la eficiencia

Cuerpo normativo debe:

- Precisar conceptos e instrumentos de aplicación (Definiciones y conceptos precisos, válida y objetivamente preestablecidos)
- Establecer y contener principios de seguridad jurídica (marco legal garantista)
- Organizar, separar y especializar funciones (limitar potestades y asignarlas para evitar abusos)
- Someter a un procedimiento el proceso asignado (regular el proceso)
- Velar por el respeto procesal de los derechos (Instancia de alzada)
- Contar con una instancia que valore la prueba (Comisión)
- Contar con un fiscal (Unidad Técnica) como instructor

Las regulaciones no deben:

- a. Generar desigualdades por razón del tamaño de las empresas
- b. Ser un mecanismo de regulación arbitraria entre competidores sin sujeción a reglas claras

- c. Favorecer a un sector o actividad específica frente a otros
- d. Utilizar la Ley para crear un modelo que intervenga el mercado
- e. Utilizar la Ley como territorio de lucha entre intereses empresariales
- f. Ser utilizada como pretexto para encubrir la ineficiencia, indistintamente del tamaño de la empresa

Cambios urgentes a la Ley de Promoción de la Competencia

Facilitar la competitividad del país	Proteger la libre competencia
Corregir la tendencia a que sea muestre como una regulación entre competidores	Generar eficiencia económica entre las empresas
Que no encubra la ineficiencia de una empresa o sector	Producir beneficios a los consumidores
La oportunidad de la pequeña empresa está en el fomento de la competencia	Evitar crear mecanismos de protección a empresas que constituyan un tipo de subsidio
Que el sistema jurídico no sea usado para luchas entre empresas grandes y pequeñas	Obtener definiciones claras sobre la materia aplicable y consistentes
Que permita la competencia sin eliminar a los competidores	Contar con una metodología precisa que defina aspectos como mercado relevante, poder sustancial, regla de la razón en prácticas verticales
Ponderación de la responsabilidad de la empresas frente a acciones personales o aisladas de sus agentes o funcionarios (grado de culpabilidad e individualización de la sanción)	Diferenciar entre daño general al mercado o daño al cliente
Formalización del debido proceso	Separación de funciones: Distinción con respecto al derecho administrativo sancionatorio, prueba y relación con la prueba, inmediatez de la prueba, instrucción y fase de juicio, imputación adecuada, encuadramiento de los hechos, distinción entre proceso a instancia de parte y de oficio
Comisión de la competencia debe dictar políticas de competencia y no ser juzgador	Crear la figura del juez natural y el fiscal (Unidad Técnica) regulando el impulso de oficio
Fijación de la norma y principio del contradictorio.	Proporcionalidad de las multas
Cambiar el tipo de sanción sobre las ventas por inadecuado	creación de la figura de acuerdos de entendimiento
Posibilidad de hacer consultas a la Comisión sobre tópicos determinados	Desconcentración jerárquica e independencia

Opinión

Cambios obligados tras Cafta



William Méndez, Analista de la competencia y consumidores. Fundación Ambio.

Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (Cafta) nuestro país marcó por rumbo el libre mercado, puso fin al Estado empresario, paternalista e interventor y dio la orden inequívoca de poner a las instituciones y marco jurídico en consonancia con el necesario cambio económico.

Las implicaciones del cambio llevaron a un equipo de abogados, politólogos y otros colaboradores del programa de gobernabilidad de la Fundación Ambio a estudiar áreas que podrían estar rezagadas y que requerirían una transformación.

Este es el caso del capítulo de la competencia de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (casos resueltos por su Comisión, jurisprudencia, el derecho comparado, la doctrina y propuestas de reforma a la Ley), de donde surgieron un grupo de retos jurídicos.

Sostienen nuestras autoridades negociadoras del libre comercio que “la política de competencia no debe (...) ser confundida con una acción gubernamental proteccionista”.

No obstante, no existe sincronía entre esa premisa y nuestra legislación ya que encontramos una tradición anclada en conceptos anteriores al 7 de octubre del 2007, que se inclinan por regular a los competidores en lugar de facilitar la competencia.

Tanto la legislación vigente como algunas propuestas para su reforma están más cerca de frenar la competencia que de impulsarla; es más una intervención al mercado a través de una regulación entre competidores que impide la competencia y tiende a la eliminación de los competidores.

No puede ser así

Esto no puede ser así en el 2008 dado que las normas reguladoras de la competencia deben evitar la intervención estatal y sus instrumentos de coerción si ello pudiera representar la restricción de

servicios y bienes o la negación de beneficios para los consumidores. ¿Qué se debe ajustar en la Ley?

“Existe una peligrosa y difusa relación entre la Unidad Técnica y la Comisión de la Competencia”.

a) Existe una peligrosa y difusa relación entre la Unidad Técnica y la Comisión de la Competencia que debe llevar a un rediseño institucional.

b) El marco conceptual ha evolucionado poco y requiere de definiciones precisas sobre dominio de mercado, prácticas verticales, mercado relevante, entre otros, que permita una metodología teórica consistente.

c) Es necesario contar con una Comisión de la Competencia que reúna los principios –así como la especialidad– del juez natural, y contar con un órgano independiente tipo fiscal.

d) El marco sancionatorio administrativo quedó desactualizado, se requiere la revisión del actual modelo confiscatorio de la sanción patrimonial, así como abrir la oportunidad a la proporcionalidad y adecuación de la sanción al caso, o si el daño es culpa de una conducta de la empresa o de uno de sus agentes, si se afecta al mercado general, parcial, indirecto o a un cliente.

Estos últimos resultan claves en caso de que se quiera ver a la Comisión de la Competencia como el campo de batalla por parte de empresas o sectores no dispuestos a ser eficientes o de quienes temen a la competencia y a producir beneficios a los consumidores.

Por eso, la Ley debe desalentar las luchas entre empresas por razón de su tamaño o a la lucha entre intereses económicos encontrados.

La seguridad jurídica resulta por ello más relevante ahora para la dinamización del mercado, en virtud de que las reglas deben proporcionar garantías procesales claras –al decir claras debe entenderse que en la actualidad son peligrosamente antimerca– y que respeten los derechos de las empresas, indistintamente de su tamaño, si son nacionales o extranjeras o si son tradicionales o emergentes.

Por lo tanto, es urgente buscar una solución al vacío procesal –dañina informalidad procesal frente a los administrados– que representa el actual marco regulatorio y a evitar la informalidad existente que genera inseguridad, indefensión y confusión técnica en los operadores.

Si bien la lista de los retos es extensa la primera tarea es no dar por infalible los conceptos y el marco organizativo existente, y permitir la modernización y sincronización con los nuevos retos.