

Karla González:
La infraestructura
que urge



Tasas de interés
y estímulo
a la economía
¿Está equivocado el BCCR?

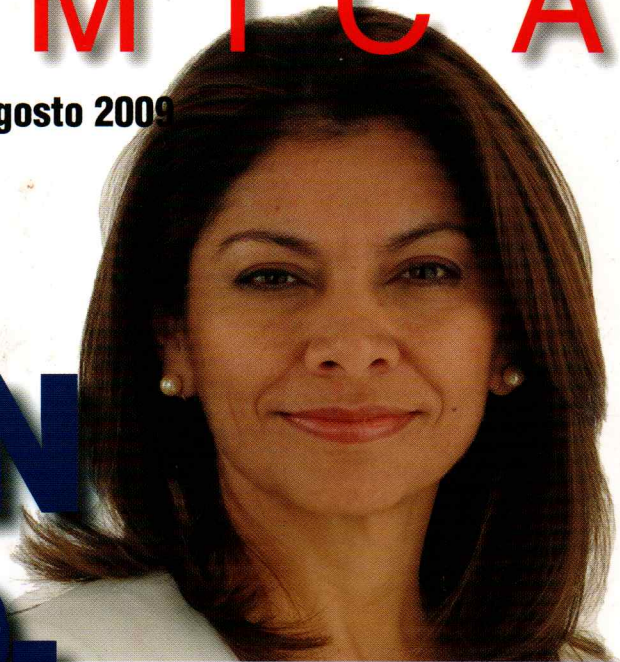


El mercado
de seguros

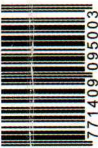


ACTUALIDAD ECONOMICA

Edición No. 383 / Año XXII / Agosto 2009



EL PLAN ECONÓMICO



4771409-095003

Fortalecimiento de la comisión para promover la competencia: Una decisión pendiente

DRA. MARÍA LOURDES ECHANDI GURDIÁN

Doctora en Derecho. Asociada a la Academia de Centroamérica. Socia Directora de la firma Consultores en Derecho Público S.A.



Aunque haya pasado inadvertido, el artículo 46 constitucional, además de la tradicional libertad de empresa, reconoce, -y declara también-, el derecho a competir del empresario y el derecho a beneficiarse de la competencia del consumidor y del usuario. Lamentablemente, hasta el momento el legislador no ha terminado de promulgar la normativa necesaria para garantizar la eficacia de esas garantías fundamentales.

Típicamente, los procesos de apertura han de venir acompañados por el fortalecimiento de las autoridades pro competencia o antimonopolio, de modo que se puedan combatir las eventuales prácticas monopolísticas de los anteriores actores monopólicos, quienes, de forma usual, tienden a defender su cuota de mercado mediante prácticas anti-competitivas.

La fórmula para lograr un modelo de regulación de la economía capaz de promover la competencia de modo eficaz, exige la combinación de dos estrategias de regulación:

1) una principal, basada en el momento y la promoción de la competencia; y

2) una subsidiaria, sustentada en la corrección y represión de las prácticas anticompetitivas.

De esta forma, en la dinámica de la puesta en acción de tales estrategias, el acento deberá estar en el recurso a una intervención administrativa más horizontal e indirecta -medidas de fomento y persuasión-, relegando a un

segundo plano la intervención más invasiva, vertical y directa -sanción y sustitución-. Se busca, de ese modo, el énfasis en un modelo de derecho "indirecto" (Teubner), unido a una muy activa política de promoción de la competencia, de modo que sólo en caso de ineficacia de esos mecanismos, se acudiría, con firmeza, al derecho directo.

Se afirma, en ese sentido, que "el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto." (Nieto, A, 1994).

Se pretende orientar al Derecho hacia "estructuras de intereses de sus destinatarios de modo tal que, por regla general, alcance observancia "voluntaria" por razones utilitaristas -incluidas las de índole económica-." (Hoffmann-Riem, W, 1993). En concreto, en el campo que aquí interesa, se ha establecido que "la promoción de la competencia depende del arte de la persuasión, aunque también...en ocasiones es necesario "hablar con palabras suaves portando un garrote", en el sentido de que cualquier actividad de promoción de la competencia debiera disfrutar del apoyo de posibles acciones por parte de las autoridades." (OCDE-BANCO MUNDIAL, 1997).

Definidos así los términos de la regulación, corresponderá al Derecho Administrativo -para los modelos no judiciales- establecer las normas de organización -centros de acción o autoridades de competencia-, procedimiento -formas- y competencia -colección de po-

testades- requeridas para la operatividad del sistema, cuyo norte deberá ser la eficacia de las tres garantías fundamentales aludidas.

Tomando como base tales ideas, parece oportuno suministrar a la autoridad de competencia, al menos, los siguientes instrumentos:

1.- NORMAS DE ORGANIZACIÓN

La autoridad a cargo de la regulación deberá tener el carácter de autoridad administrativa independiente, de modo que cuente con un alto grado de autonomía respecto del poder económico y del político. Debe tratarse de un órgano técnico y con una amplia legitimidad democrática. La Comisión, -parece lo recomendable-, debe pasar a ser un órgano especializado adscrito a la Asamblea Legislativa en condiciones similares a las de la Contraloría General de la República.

Debe propiciarse la especialidad y dedicación exclusiva de los miembros de ambos órganos, quienes deberán ser elegidos por la Asamblea Legislativa bajo estrictos criterios de idoneidad. Esto consolidaría la deseada independencia política y económica del órgano, además de atribuirle un mayor grado de legitimidad democrática y de agilidad en la toma de decisiones.

Además, es preciso definir una clara separación de funciones de los órganos de investigación y resolución, tal y como sucede en el modelo brasileño y español, por ejemplo, en que existe una clara distribución de competencias entre el órgano instructor -que investiga y el resolutor -que resuelve-. Es inconveniente que el órgano que investiga -Unidad Técnica- proponga al que resuelve, -la Comisión- los términos de su decisión. Conviene, por ello, separar,

orgánicamente, las citadas funciones de investigación y resolución.

2.- NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Interesa, también, modernizar las normas de procedimiento que actualmente rigen en la materia. Para ello, resulta de interés introducir:

- **Procedimiento de clemencia:** Se trata de un mecanismo que ha dado buenos resultados en los Estados Unidos, la Unión Europea y que se ha introducido en Brasil y Francia de forma más reciente. En vista de la dificultad de probar las “*ententes*” por los términos de sigilo y clandestinidad que les caracteriza, se habilita a la autoridad *antitrust* para beneficiar a quien, siendo parte del acuerdo, aporte pruebas determinantes para sancionar y ordenar su cesación. Este procedimiento permite, por ello, reducir sensiblemente, y hasta a exonerar del todo, al informante.
- **Procedimiento sancionatorio bifásico:** Dado que el procedimiento sirve también para distribuir competencias, la propuesta de separación de funciones antes señalada obliga a estructurar el procedimiento en dos fases claramente definidas: la instructiva y la resolutoria, a cargo de dos distintos órganos, sin relación jerárquica entre sí y con una marcada especialidad e independencia funcional.

3.- NORMAS DE COMPETENCIA

Finalmente, en beneficio de la eficacia de las citadas garantías, es preciso:

- **Fortalecer los poderes de los órganos de investigación y sanción:** el control indirecto a que se hizo referencia empieza por el refuerzo de los poderes de las autoridades de competencia y la agravación de las penas pecuniarias que puede infligirse al infractor. El riesgo de sanción y su efectiva posibilidad incentivan la sujeción del agente económico a la regulación de libre competencia.
- **Ampliar el ámbito de la regulación.**

La actual Ley 7472 desaplica sus disposiciones, a los monopolios y servicios públicos. Se sabe que cualquier monopolio, sea público o privado, tiende a abusar de su poder, lo cual aconseja su regulación para su efectivo control. En el caso de los servicios públicos, deberá evaluarse, sectorialmente, en cuáles existe posibilidad de introducir competencia y establecer un régimen jurídico que posibilite promoverla y vigilarla.

Hasta el momento el legislador no ha terminado de promulgar la normativa necesaria para garantizar la eficacia de esas garantías fundamentales.

- **Establecer la posibilidad de alcanzar acuerdos con garantía de homologación.** El Derecho Comparado ha venido a dar espacio a formas de actuación administrativa más indirectas y horizontales que las tradicionales, las cuales han sido de tipo unilateral y vertical. Se admite en varios países, aún en modelos como el francés, la terminación del procedimiento sancionador, mediante “*engagements*”, “*agreements*”, “*consent decrees*”, “*compromiso de cesação*” o “*decisiones consensuales*”, sujetos a homologación. Más que aplicar un derecho de tipo directo, con las duras sanciones pecuniarias interesa que, por medio de su amenaza, se modifiquen las conductas anti-competitivas con un derecho de tipo indirecto, menos vertical.
- **Habilitar, claramente, a la autoridad de competencia a adoptar órdenes de hacer y no hacer –“*injunctions*”– que permitan restablecer la competencia.** La sanción pecuniaria, en los modelos comparados, es accesoria de las órdenes que se adoptan en el acto final. Es preciso

tomar conciencia de tal circunstancia, para permitir un eficaz derecho de la competencia.

- **Establecer un mínimo exento.** Se busca racionalizar el ejercicio de la potestad sancionadora y de investigación, mediante la introducción de un filtro que permita descartar la atención de asuntos de menor impacto. La legislación vigente carece de esa regulación, y, si bien el mismo resultado podría ser alcanzado mediante la aplicación del principio de atipicidad por insignificancia, ese no ha sido el caso, lo que hace de interés incorporar tal mecanismo, en procura de un más eficiente ejercicio de la actividad rectora de la competencia.

Probablemente, dado que el fortalecimiento de las competencias y la autonomía de la autoridad nacional de competencia y la del consumidor fue una promesa del Plan de Gobierno de la Administración 2002-2006 y una propuesta del Plan Nacional de Desarrollo de la Administración 2006-2010, actualmente se conoce en la corriente legislativa una propuesta de reforma integral a la Ley No. 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, exp. 17.348.

Si bien es cierto la iniciativa incluye buena parte de las reformas recién detalladas, lamentablemente se han dejado de lado medidas clave, como las de tipo orgánico ya referidas y, quizá, la más determinante en materia de procedimiento, a saber, la que garantizaría la independencia entre el órgano investigador y el decisor (procedimiento bifásico).

Si en realidad existe interés en consolidar la Comisión para Promover la Competencia, es claro que esas medidas deberían ser incluidas en la propuesta de reforma comentada. De lo contrario, seguirá comprometiéndose su independencia, la celeridad en la resolución de los asuntos y la marcada autonomía funcional de sus órganos, circunstancia, esta última, que es una necesidad clara ante la gravedad de las sanciones que está -y podría estar por el indicado proyecto de ley- autorizada a imponer. 