



JULIO, 2023

**INSTITUCIONALIDAD DE
LIBRE COMPETENCIA
EN AMÉRICA LATINA**

**LIBRE COMPETENCIA EN
POCAS PALABRAS - N° 29**

PROGRAMA UC - LIBRE COMPETENCIA

INSTITUCIONALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

1. INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica coexisten diversos regímenes de libre competencia, cada uno con legislación, estructura institucional, régimen sancionatorio, fines y cultura propios. A modo general, la política de competencia en América Latina floreció recién en la década de los noventa, época tardía en comparación a países de la Unión Europea y Estados Unidos¹.

Algunas de las causas esgrimidas para explicar dicho atraso consisten en: (i) las fallas institucionales en los países latinoamericanos, principalmente la inexistencia de agencias especializadas y/o autoridades judiciales para aplicar normativa de contenido económico, (ii) fallas de mercado producto de la transición de la región desde un régimen de sustitución de importaciones donde se protege a la empresa nacional, a uno de liberalización económica, y (iii) la excesiva generalidad de las primeras regulaciones de competencia, que en la práctica se aplicaban de forma escasa².

A pesar del reciente surgimiento de la normativa, esta ha evolucionado constante y vertiginosamente en prácticamente la mayoría de los países de Latinoamérica -especialmente en los últimos 20 años- en materias como

control de fusiones, investigación de colusiones, sanciones aplicables, entre otras. No obstante lo anterior, si bien hay una coincidencia temporal en la reglamentación de libre competencia en los países latinoamericanos, no hay una uniformidad en cuanto a la estructura institucional de las agencias de competencia.

2. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL DE LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA

A modo preliminar, es relevante destacar que, según la OECD, el modelo ideal que deben seguir los organismos o agencias de competencia de cada país es la independencia, esto es, que la agencia se cree como un ente separado, no como parte de un ministerio, y que su presupuesto dependa del poder legislativo, no del ejecutivo. Asimismo, otros factores que contribuyen a la independencia son: la existencia de mandatos largos de altos comisionados, la presencia de profesionales cualificados profesionalmente en materia de derecho de la competencia, y que los nombramientos de altos cargos sean aprobados por el poder legislativo o una comisión profesional³.

En la misma línea, otro aspecto central de la estructura de la autoridad de competencia corresponde al modelo de diseño institucional que se adopte, esto es, la manera en que la autoridad

¹ Álvarez, Luis y Londoño, 2008, *Últimas tendencias en Derecho de la Competencia en América Latina*. p. 10.

² *Ibíd.*

³ OECD, 2007. *Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un seguimiento*, p. 10.

investiga, decide y sanciona. Al respecto, se pueden clasificar tres modelos⁴:

- 1) Modelo judicial bifurcado: En este caso la agencia tiene facultades de investigación, pero no tiene la capacidad de decisión, pues esta es entregada a tribunales ordinarios o generales de justicia. Asimismo, la revisión también es efectuada por tribunales generales. Un ejemplo de este modelo es el estadounidense.
- 2) Modelo de agencia integrada: Aquí la autoridad tiene facultad de investigación y de decisión, pero solo en primera instancia. La decisión primitiva puede revisarse ante tribunales especiales o generales. Un ejemplo de este modelo es el peruano.
- 3) Modelo de agencia bifurcada: Tratándose de este sistema, la autoridad tiene facultad de investigación, pero la decisión queda entregada a tribunales o agencias especializadas. Asimismo, la revisión podrá ejercerse ante tribunales especializados y/o generales. Un ejemplo de este modelo es el chileno.

No hay unanimidad en la literatura respecto a qué modelo es pertinente adoptar, pues cada uno presenta ventajas y desventajas: por ejemplo, el modelo judicial bifurcado tiene como desventaja que la decisión es adoptada por una autoridad no especializada en la materia, por lo que las decisiones podrían no ser tan acertadas. Por otro

lado, la ventaja radica en el respeto al debido proceso que aseguran los tribunales ordinarios. En contraste, tratándose del modelo de agencia integrada, si bien la decisión es tomada por expertos, existen riesgos a las garantías procesales cuando no hay una clara división dentro de la agencia respecto de quienes investigan y quienes toman la decisión⁵.

3. CHILE

En Chile rige la normativa contenida en el Decreto Ley N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia, fue publicada en el año 1973. La norma señala en su artículo 1° que “tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley”.

El modelo chileno es uno de agencia bifurcada, pues la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) es la encargada de investigar atentados contra la normativa de competencia, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “TDLC”, tribunal especializado) es quien decide y sanciona, y eventualmente ante casos de revisión conoce la Corte Suprema (en adelante, “CS”, tribunal general).

En cuanto a la independencia, el artículo 33 de la mencionada ley dispone que la FNE es un servicio público descentralizado, con personalidad

⁴ Trebilcock, Michael y Iacobucci, Edward. 2002. *Designing Competition Law Institutions*, p. 368 y ss.

⁵ Sepúlveda, Pedro. 2017. *Diseño Institucional y Revisión Judicial en sede de Libre Competencia*, p. 33-34.

jurídica y patrimonio propio (este monto es determinado año a año a través de la ley de Presupuesto que debe ser aprobada por el poder legislativo). Sin embargo, también dispone que el servicio está sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. En la misma línea, la FNE está a cargo de un funcionario llamado Fiscal Nacional Económico, nombrado por el Presidente de la República en base a un concurso público de antecedentes, y durará en funciones por 4 años, plazo renovable una sola vez.

En cuanto al TDLC, el artículo 5 de la ley señala que es un órgano especializado e independiente, pero sujeto a la superintendencia de la Corte Suprema. Su presupuesto se somete a las mismas reglas que las aplicables a la FNE, y su Presidente es elegido por el Presidente de la República a partir de una quina formada por la CS.

4. PERÚ

En Perú se adoptó normativa de Libre Competencia a partir del año 1991, rigiendo actualmente el Decreto Supremo 30-2019-PCM, texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicho cuerpo legal establece en su artículo 1 que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas” y que su finalidad es “promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”.

El modelo peruano es uno de agencia integrada, pues investiga y decide el Instituto de Defensa de la Competencia

y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “Indecopi”). Las revisiones de las decisiones están a cargo del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad intelectual (en adelante, “TCPI”, tribunal especializado).

Cabe destacar que dentro de Indecopi la Secretaría técnica es la encargada del proceso de investigación, mientras que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es la encargada de declarar la existencia de la conducta anticompetitiva e imponer la correspondiente sanción.

En cuanto a la independencia, es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. En cuanto a sus ingresos, Indecopi se financia principalmente a través de las tasas que cobra por la prestación de determinados servicios, por derechos de trámites, y por los montos recaudados por concepto de multas, por lo que sus ingresos son variables (véase artículo 52 Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Indecopi).

Asimismo, en cuanto a los miembros de la Comisión, estos son elegidos por el Consejo Directivo del Indecopi, que, a su vez, es elegido por el Poder Ejecutivo. En la misma línea, los miembros del TCPI son designados por el Presidente de la República.

5. BRASIL

En Brasil rige la Ley 12.529, *Lei de Defesa da Concorrência* (Ley de Defensa de la Competencia) desde el año 2011. Su última modificación fue en el año 2022

mediante la ley 14.470. El artículo 1 de la normativa expresa que su finalidad es “la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico, guiándose por los dictados constitucionales de libertad de iniciativa, libre competencia, función social de la propiedad, protección al consumidor y represión del abuso del poder económico”⁶.

El modelo brasileño es uno de agencia integrada, pues investiga y decide el Consejo Administrativo de Defensa Económico (en adelante, “CADE”). Dentro de la CADE existen tres unidades autónomas entre sí: la Superintendencia General (quien se encarga de las investigaciones), el Tribunal Administrativo (quien decide), y el Departamento de Estudios Económicos (que realiza análisis económicos a petición de la Superintendencia o el Tribunal).

Respecto al factor de independencia, el CADE es un organismo federal independiente, asociado con el Ministerio de Justicia. Los principales miembros del Tribunal y la Superintendencia son designados por el Presidente de la República, mientras que el economista jefe del Departamento de Estudios será designado por el presidente de la Superintendencia y del Tribunal, respectivamente. En cuanto al financiamiento del CADE, la Ley 14.470 establece en su artículo 28 que los fondos provienen de asignaciones previstas por el Presupuesto general de la nación, tasas procesales, retribución

de servicios prestados a terceros, donaciones, legados, entre otros.

6. ARGENTINA

En Argentina rige la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia, sancionada y promulgada en 2018. En su artículo 1 reza que están “prohibidos los acuerdos entre competidores, las concentraciones económicas, los actos o conductas [...] que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

Actualmente la institucionalidad argentina de competencia está en pleno proceso de transición y cambio. Sin embargo, es posible esgrimir que su modelo es hasta ahora uno de agencia integrada, pues investiga y decide la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (en adelante, “CNDC”), mientras que las decisiones son revisadas por Tribunales Federales y/o generales. Cabe destacar que si bien la normativa del año 2018 establece la creación de la Autoridad Nacional de la Competencia (en adelante, “ANC”) como investigadora, y al Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia como órgano decisor, esta reforma aún no ha sido constituida debido a la crisis económica y política del país. De materializarse, el sistema argentino pasaría a uno de agencia bifurcada.

⁶ Traducción libre. Disposición original disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm

En cuanto a la independencia, la ANC es un organismo descentralizado y autárquico del Poder Judicial, está compuesto por un Presidente y cuatro Delegados, todos elegidos por concurso público por el Poder Ejecutivo por un periodo de cinco años. Asimismo, el presupuesto depende directamente del Ministerio de Economía. La CNDC por su parte -que es la institución que realmente opera- está compuesta por un Presidente y cuatro vocales, elegidos por también el Poder Ejecutivo. Un aspecto relevante de la CNDC es que tiene cierto nivel de dependencia de la Secretaría de Comercio Interior, pues debe ponerla en conocimiento de las resoluciones antes de dictarlas, pudiendo esta incluso efectuar recomendaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Luis y Londoño. 2008. *Últimas tendencias en Derecho de la Competencia en América Latina*.
- CEPAL. 2021. *Analysis of competition policies in five countries of Latin America and the Caribbean and the post-pandemic recovery period*. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46738/S2100108_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- OECD. 2007. *Derecho y política de la competencia en América Latina Exámenes Inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/oecd_0001_2007.pdf
- OECD. 2007. *Exámenes inter-pares de la política y del derecho de la competencia en América Latina: Un seguimiento*. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf
- OECD. 2012. *Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de países de América Latina*. Disponible en: https://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf
- OECD. 2022. *Competition Trends in Latin America and the Caribbean*. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/472518b6-en.pdf?expires=1683401389&id=id&accname=guest&checksum=5C7281F0159FAA6900E77D87588E0581>
- Sepúlveda, Pedro. 2017. *Diseño Institucional y Revisión Judicial en sede de Libre Competencia*. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146261/Dise%c3%b1o-institucional-y-revisi%c3%b3n-judicial-en-sede-de-libre-competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Trebilcock, Michael y Iacobucci, Edward. 2002. *Designing Competition Law Institutions*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064918

INFORMACIÓN DE LA AUTORA



Maura Lara Altamirano

- Ayudante junior.
- Egresada de Derecho, Universidad de Chile.

Experiencia

- Ayudante Derecho Económico, Litigación en Libre Competencia y Economía (Microeconomía y Macroeconomía).
- Fui Procuradora en la Fiscalía Nacional Económica, Unidad Anticarteles (2021-2022).
- Pasante en la División de Estudios de Mercado (2020).

CONTACTO



mauralaras@hotmail.com

MÁS SOBRE
LA AUTORA



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE