



**Conferencia de las Naciones Unidas
sobre Comercio y Desarrollo**

Distr. general
1 de mayo de 2014
Español
Original: inglés

**Conferencia de las Naciones Unidas
sobre Comercio y Desarrollo**

**Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia**

14° período de sesiones

8 a 10 de julio de 2014

Tema 3 a) del programa provisional

**Consultas y conversaciones relativas a los exámenes entre
homólogos sobre derecho y política de la competencia,
examen de la Ley tipo de defensa de la competencia y
estudios relacionados con las disposiciones del
Conjunto de Principios y Normas**

**Examen voluntario entre homólogos del
derecho y la política de la competencia**

Filipinas

Panorama general

GE.14-50554 (S) 260514 280514



* 1 4 5 0 5 5 4 *

Se ruega reciclar 



Nota

Los exámenes voluntarios entre homólogos del derecho y las políticas de competencia por la UNCTAD se enmarcan en el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, aprobado por la Asamblea General en 1980. Con dicho conjunto se pretende, entre otras cosas, ayudar a los países en desarrollo a adoptar y aplicar leyes y políticas de defensa efectiva de la competencia que se adapten a sus necesidades de desarrollo y su situación económica.

El presente examen voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia se ha preparado atendiendo a la petición del Grupo Intergubernamental de Expertos que figura en el Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su 13º período de sesiones (TD/B/C.I/CLP/25). Las opiniones expresadas en el presente examen voluntario entre homólogos son las de los homólogos que lo realizaron y no reflejan necesariamente las de la Secretaría de las Naciones Unidas.

Las denominaciones empleadas y la forma en que aparecen presentados los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de las fronteras o límites, ni tampoco sobre su sistema económico o nivel de desarrollo.

Agradecimientos

Los exámenes voluntarios entre homólogos del derecho y las políticas de la competencia organizados por la UNCTAD se llevan a cabo en las reuniones anuales del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia o en las conferencias que organizan cada cinco años las Naciones Unidas para examinar su Conjunto de Principios y Normas. La preparación sustantiva corre a cargo de la Subdivisión del Derecho de la Competencia y Políticas de Protección del Consumidor, de la UNCTAD, bajo la dirección de Hassan Qaqaya, Jefe de la Subdivisión.

El presente informe fue preparado para la UNCTAD por Deunden Nikomborirak y Bob Weymouth. El apoyo sustantivo y la revisión del informe corrieron a cargo de Hassan Qaqaya y Dongryeul Shin. La UNCTAD quiere agradecer la valiosa asistencia prestada por Geronimo L. Sy, Viceministro de Justicia de Filipinas (Oficina de Defensa de la Competencia (OFC)). La UNCTAD también quiere agradecer al personal de la OFC por sus aportes durante la preparación del presente informe.

Introducción

1. El presente informe se preparó con los datos disponibles en marzo de 2014, varios meses después de la misión de investigación realizada en Filipinas. Se tienen en cuenta los cambios legislativos ocurridos después de esa visita.

I. Fundamentos e historia de la política de la competencia

2. Filipinas es un Estado soberano de Asia Sudoriental que se encuentra en el océano Pacífico occidental. Es un archipiélago compuesto por 7.107 islas, con una población de más de 103 millones de personas. El Banco Mundial lo considera un país de ingresos medios-bajos, con un producto interno bruto (PIB) *per capita* de 2.701 dólares de los Estados Unidos en 2012 (precios corrientes). Actualmente, el país está disfrutando de un período inusual de estabilidad política que ayuda a estimular el crecimiento económico. En 2012, el PIB del país creció a una tasa del 6,8% —muy por encima de la tasa media del 5,3% registrada en ese año en la región de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN)— a pesar de las dificultades económicas en los Estados Unidos de América y la Unión Europea.

3. Sin embargo, la desigualdad de ingresos del país se encuentra entre las más altas de Asia, puesto que la riqueza se concentra en manos de unas pocas familias. El actual Gobierno está llevando a cabo proyectos de gran escala, como la distribución de transferencias de efectivo, para aliviar el problema. Sin embargo, será necesario realizar una reestructuración fundamental de la economía para que la prosperidad y el crecimiento económico futuros lleguen a los pobres y no se concentren en los escasos ricos.

4. Filipinas adopta políticas de comercio e inversión relativamente liberales. Los derechos de importación sobre la mayoría de las mercancías se han reducido a cero en virtud del Tratado de Libre Comercio de la ASEAN, y la Ley de Inversión Extranjera (R. A. N° 7042, de 1991, modificada por la R. A. N° 8179, de 1996) liberalizó la entrada de la inversión extranjera en Filipinas. En virtud de esa Ley, se permite llegar al 100% de capital extranjero en todos los ámbitos de inversión, excepto los reservados a los filipinos de conformidad con la Constitución de Filipinas¹ y las leyes vigentes.

5. Aunque la liberalización del comercio puede promover la competencia de los productos importados, en el caso de determinados bienes, los elevados costos logísticos pueden obstaculizar la penetración de las importaciones. Aunque los altos precios (derivados de una supuesta colusión) pueden ser atractivos para los importadores, los fabricantes locales dominantes pueden reducir fácilmente los precios para defenderse de la competencia de los productos importados debido a su clara ventaja de costos.

6. Al tratarse de un Estado insular, transportar productos o servicios de una isla a otra puede resultar costoso, lo que se traduce en un mercado interno muy fragmentado y, por lo tanto, especialmente vulnerable al control de los monopolios regionales.

7. Por otra parte, las restricciones a la inversión extranjera en las empresas de servicios públicos impuestas por la Constitución también contribuyen a la concentración del mercado en sectores de servicios clave como las telecomunicaciones, la energía y el transporte. Aunque las leyes antimonopolio han formado parte desde hace mucho tiempo del

¹ Artículo XII, "Economía y patrimonio nacionales", sección 11: "Únicamente se concederán licencias, certificados o cualquier otra forma de autorización para la prestación de un servicio público a los ciudadanos de Filipinas o a sociedades o asociaciones organizadas conforme a las leyes de Filipinas y cuyo capital, al menos en un 60%, sea propiedad de tales ciudadanos".

ordenamiento jurídico filipino, empezando por el antiguo código penal administrado por el régimen español a principios del siglo XX, no hay duda de que el país necesita dotarse de una ley y una política globales de defensa de la competencia.

8. A pesar de que la Constitución de Filipinas, en vigor desde 1987, prohíbe los monopolios², el país no tiene aún una ley global de defensa de la competencia. El Código Penal, el Código Civil, la Ley de Control de los Precios y varias leyes relativas a sectores específicos contienen cláusulas relacionadas con la competencia, pero las disposiciones de fondo de esos instrumentos distan mucho de ser globales. Por ejemplo, no existen disposiciones que regulen el abuso de posición dominante, aunque la palabra "monopolización" figura en las disposiciones de varias leyes. Tampoco se han regulado las fusiones de empresas con fines de defensa de la competencia.

9. Hace mucho tiempo que se reconoció la necesidad de dotar al país de una ley global de defensa de la competencia.

10. Varios elementos permiten pensar que ha llegado el momento de promulgar una ley de defensa de la competencia. En primer lugar, existe un claro compromiso político al más alto nivel: el Presidente de Filipinas pidió que se aprobara una ley antimonopolio para cumplir con la garantía constitucional de la competencia leal en su primer discurso sobre el estado de la nación en julio de 2010. La creación del primer organismo regulador de la competencia del país, la Oficina de Defensa de la Competencia, dependiente del Ministerio de Justicia en virtud del Decreto presidencial N° 45, emitido el año siguiente, es un claro testimonio de ese compromiso. En segundo lugar, el proyecto de ley de defensa de la competencia ha recibido un amplio apoyo de la comunidad empresarial y académica, así como de los principales miembros del poder legislativo.

II. Marco jurídico

Introducción

11. Las leyes filipinas relativas a la competencia se remontan al régimen jurídico español. Las leyes relativas a los monopolios en vigor se remontan a 1925 y las disposiciones sobre restricción del comercio del Código Penal Revisado se remontan a 1932. La constitución actual, en la que se hace referencia al control de los monopolios, fue promulgada en 1987, aunque las mismas disposiciones ya figuraban en las constituciones anteriores.

A. Leyes vigentes

12. Los principales instrumentos legislativos que se ocupan de las cuestiones de la competencia se han resumido de la siguiente manera:

"La Constitución de 1987, artículo XII, secciones 1, 6, 11, 19 y 22;

El Código Penal Revisado (Ley N° 3815), artículo 186 (modificado posteriormente por Ley de la República (R. A.) N° 1956), complementado por el artículo 1, párrafo d) 5) de la Ley de la República N° 7080, que define y sanciona el delito de saqueo; y

² Artículo XII, secciones 13 y 19: "El Estado aplicará una política comercial que atienda al bienestar general y utilice todas las formas y modalidades de intercambio sobre la base de igualdad y la reciprocidad, y regulará o prohibirá los monopolios cuando el interés público así lo requiera".

El Nuevo Código Civil (R. A. N° 386), artículo 28, y la Ley N° 3247 ("Ley para Prohibir los Monopolios y las Combinaciones para Restringir el Comercio"), artículo 6, sobre la indemnización por daños y perjuicios.

Además, diversas leyes y estatutos especiales se ocupan de prácticas relacionadas con la competencia en determinados sectores, como la Ley de Control de los Precios (R. A. N° 7581), artículo 5; el Código de las Cooperativas (R. A. N° 6938), artículo 8; y la Ley de Desregulación del Sector de los Derivados del Petróleo de 1998 (R. A. N° 8479), capítulo III, artículo 9, y capítulo IV, artículo 15. El Código de Sociedades (Ley N° 68) prevé el control de las fusiones de empresas."

13. Aunque esta descripción puede ser precisa y completa, no explica la naturaleza y el alcance de las leyes de defensa de la competencia de Filipinas. No existe ninguna ley unificada o régimen de control que se ocupe de todos los comportamientos contrarios a la libre competencia que pueden afectar a los consumidores.

14. El artículo 186 constituye el centro de gravedad del régimen de defensa de la competencia. Se trata de una disposición que prevé una sanción penal leve (de 6 meses y 1 día a 2 años y 4 meses de prisión) y una multa que solo puede describirse como ineficaz (de 200 a 6.000 pesos), fue establecida en 1932 y nunca se ha actualizado. No se puede decir que esas cantidades tengan un gran efecto disuasorio (aproximadamente 15 a 150 dólares de los Estados Unidos).

15. A diferencia de algunas de las demás disposiciones que se estudian en el presente informe, el artículo 186 no prevé ningún régimen de sanciones administrativas.

Ley para Prohibir los Monopolios y las Combinaciones para Restringir el Comercio (Ley N° 3247) de 1 de diciembre de 1925

16. La Ley N° 3247 es la ley más antigua de defensa de la competencia que sanciona los monopolios y las combinaciones para restringir el comercio y prevé una indemnización del triple de los daños y perjuicios sufridos en los procesos por la vía civil:

"Artículo 6. Toda persona cuyo negocio o cuyos bienes sean lesionados por cualquier otra persona por los medios prohibidos o declarados ilícitos por la presente Ley percibirá el triple de los daños y perjuicios sufridos y las costas judiciales, incluidos los honorarios razonables del letrado."

Modificación de la Ley de Prescripción de las Funciones y Aptitudes del Personal Jurídico de la Oficina del Ministro de Justicia (R. A. N° 4152), de 20 de junio de 1964

17. Esta ley confiere al Ministro de Justicia facultades legales y de control en materia de competencia.

"Artículo 2: El Ministro de Justicia:

estudiará todas las leyes relativas a los consorcios, monopolios y combinaciones; redactará las leyes que sean necesarias para poner al día o revisar las leyes existentes de manera que el Gobierno pueda hacer frente con mayor eficacia a las prácticas monopólicas y todas las formas de consorcios y combinaciones restrictivas del comercio o de la libre competencia y/o que tiendan a producir precios no competitivos de los artículos de primera necesidad; investigará todas las infracciones de dichas leyes; y pondrá en marcha y adoptará las medidas preventivas o correctivas necesarias, con inclusión de las actuaciones judiciales pertinentes, para impedir o frenar la monopolización y las prácticas o actividades conexas de los consorcios, monopolios y combinaciones."

Ley de Control de los Precios (R. A. N° 7581) de 27 de mayo de 1992

18. Este es posiblemente el siguiente instrumento legislativo más importante en relación con los comportamientos contrarios a la libre competencia.

19. Al estudiar las disposiciones de la Ley de Control de los Precios es fundamental recordar el propósito de esta ley: "proteger a los consumidores estabilizando los precios de los artículos de primera necesidad y los productos básicos y prescribiendo medidas contra los aumentos indebidos de precios en las situaciones de emergencia y ocasiones similares". Así pues, mientras que el ámbito de aplicación de algunas disposiciones es más amplio, el organismo encargado de la administración de la ley tiene como objetivo principal vigilar los precios durante las situaciones de emergencia y se centra en los artículos de primera necesidad y los productos básicos, según la definición que figura en la Ley.

20. La Ley de Control de los Precios comprende los siguientes artículos principales:

Artículo 5: Actos ilegales de manipulación de los precios

Artículo 15: Sanciones para los actos ilegales de manipulación de los precios

Artículo 17: Infracción por personas jurídicas

Artículo 20: Sanciones penales, sin perjuicio de las sanciones administrativas

Artículo 3: Definiciones. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por:

"1) 'Artículos de primera necesidad': arroz; maíz; pan; pescado fresco, seco y en conserva y otros productos del mar, carne fresca de cerdo, de res y de ave de corral; huevos frescos; leche fresca y procesada; verduras frescas; raíces y tubérculos; café; azúcar; aceite de cocina; sal; jabón para lavar la ropa; detergentes; leña; carbón de leña; velas; y medicamentos considerados esenciales por el Ministerio de Salud,"

Y en el apartado 8 del mismo artículo:

"'Productos básicos': fruta fresca; harina; carne seca de cerdo procesada y en conserva; carne de res y de ave de corral; productos lácteos no incluidos en los artículos de primera necesidad; fideos; cebollas; ajo; vinagre; patis; salsa de soja; jabón de tocador; fertilizantes; plaguicidas; herbicidas; aves de corral; piensos para cerdos y ganado; productos veterinarios para aves de corral, cerdos y ganado; papel. Útiles escolares; tejas de nipa; sawali; cemento; clínker; planchas de hierro galvanizado; bloques huecos; madera contrachapada; clavos de construcción; baterías; suministros eléctricos; bombillas; alambre de acero; y todos los medicamentos no considerados esenciales por el Ministerio de Salud."

Artículo 10: Facultades y responsabilidades de los organismos de control, párrafo 9: Se podrán llevar a cabo investigaciones de toda infracción de esta Ley y, después de la debida notificación y audiencia, se podrán imponer multas administrativas de la cuantía que se estime razonable, y que en ningún caso podrán ser inferiores a 1.000 pesos ni superiores a 1 millón de pesos.

21. La Ley de Control de los Precios ofrece una opción realista para hacer frente a la colusión de precios contraria a la libre competencia en una amplia gama de productos básicos. Dista mucho de poder aplicarse al conjunto de la economía y no se ocupa de la prestación de servicios.

22. La Ley de Control de los Precios no aborda directamente la conducta de las empresas; sin embargo, el artículo 17 establece claramente que los dirigentes y empleados responsables deberán rendir cuentas de sus actos.

**Ley de Desregulación del Sector de los Derivados del Petróleo de 1988
(R. A. N° 8479)**

23. Las dos disposiciones más relevantes de esta ley se refieren a la cartelización y la fijación de precios predatorios en los artículos 11 a) y b).

24. Las sanciones por la infracción del artículo 11 son de tres a siete años de prisión, y las multas van de 1 millón a 2 millones de pesos. Al igual que con otras sanciones penales, solo son aplicables a las personas físicas.

Código Penal Revisado (R. A. N° 3185), artículo 185

"Maquinaciones en subastas públicas."

25. Cabe señalar que esta es la primera ocasión en que se trata de la misma forma el "intento" de realizar una conducta contraria a la libre competencia y la conducta propiamente dicha.

Código de Sociedades, Ley N° 68 (1982)

26. Las fusiones y adquisiciones se tratan en los artículos 76 a 80 del Código de Sociedades. Las partes deben presentar los artículos de la fusión o consolidación a la Comisión de Valores y Bolsa. Esta debe dar su aprobación para que se pueda emitir un certificado de fusión o consolidación.

27. La Comisión de Valores y Bolsa no realiza ninguna evaluación de los efectos en la libre competencia ni emplea directrices basadas en el derecho de la competencia al estudiar una fusión para aprobarla.

Resumen de la legislación vigente

28. La disposición más global relativa a las conductas contrarias a la libre competencia se encuentra en el Código Penal Revisado; no prevé ninguna sanción administrativa ni penaliza a las sociedades, salvo por conducto de sus empleados y dirigentes (en el régimen vigente en Filipinas, solo son responsables penalmente las personas físicas, y no las personas jurídicas). Esa disposición sí prevé una pena privativa de libertad y una multa insignificante de 6.000 pesos. La conducta más fácilmente reconocible de las que aborda dicha disposición es la combinación para restringir el comercio, que incluye los cárteles en la definición normalmente aceptada del término.

29. La Ley de Control de los Precios ofrece a los reguladores una alternativa a las sanciones penales para perseguir los cárteles. Pueden imponer sanciones administrativas, sin perjuicio de las correspondientes sanciones penales. No obstante, la Ley de Control de los Precios tiene un alcance limitado, pues solo es aplicable a los bienes definidos en su artículo 3 como "artículos de primera necesidad" o "productos básicos".

30. El control de las fusiones de empresas no permite prohibir una fusión sobre la base de un análisis de sus efectos en la libre competencia.

31. Existe, por lo tanto, lo que parece ser una robusta ley para luchar contra los intentos de manipulación de las subastas públicas y de los precios o la participación.

32. Con la excepción de la Ley de Control de los Precios, y además de las indemnizaciones del triple de los daños y perjuicios sufridos por la vía civil, las leyes son de carácter penal, por lo que es necesario incoar un procedimiento y ventilarlo en cumplimiento de las normas del Tribunal Supremo. Para que puedan aplicarse sanciones penales debe demostrarse la culpabilidad de los acusados fuera de toda duda razonable.

B. Directrices de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental

33. Filipinas, en su calidad de Estado miembro de la Comunidad Económica de la ASEAN, se ha fijado el objetivo de dotarse de una política y una ley de defensa de la competencia aplicables en todo el país para 2015.

34. La legislación vigente de Filipinas, comparada con el marco propuesto por las directrices de la ASEAN, se puede resumir de la manera siguiente:

<i>Directrices regionales de la ASEAN</i>	<i>Legislación de Filipinas en materia de competencia</i>
Prohibición de las fusiones contrarias a la libre competencia	No
Régimen de control de las fusiones con facultades para suspenderlas	No
Prohibición de los acuerdos colusorios	Sí
Política de clemencia	No
Prohibición de las conductas verticales	No
Prohibición de las conductas unilaterales	No
Sanciones penales	Sí para las personas físicas, no para las sociedades
Derechos privados	Sí

C. Posibles nuevas leyes de defensa de la competencia

35. Las primeras propuestas de promulgar una ley unificada de defensa de la competencia se formularon en la década de 1990, pero las primeras iniciativas legislativas empezaron a tomar forma en el XIV Congreso³, cuando se elaboró el primer proyecto de ley consolidado⁴. Durante el XV Congreso, los proyectos de ley consolidados que sustituían una serie de proyectos de ley existentes llegaron a su tercera lectura en el Senado y la Cámara de Representantes. El Senado aprobó el informe de la comisión N° 97 (anexo A), en el que se recomendaba aprobar el proyecto de ley consolidado.

36. Se han presentado proyectos de ley similares, así como nuevas versiones, en el XVI Congreso (actual). La comisión encargada ya está celebrando audiencias y, por su parte, la OFC ha presentado una versión actualizada del proyecto de ley consolidado (anexo B) después de una serie de consultas con entidades privadas y públicas.

³ El Congreso de Filipinas es el órgano legislativo nacional. Consta de dos cámaras: el Senado y la Cámara de Representantes. Los miembros del Senado (conocidos como senadores) son elegidos por períodos de seis años mediante un sistema de votaciones nacionales. Como consecuencia de ese sistema, 12 de los senadores elegidos deben ser sustituidos cada tres años. Los miembros de la Cámara de Representantes (conocido como congresistas) son elegidos por períodos de tres años.

⁴ La OFC guió la preparación del primer proyecto de ley consolidado cuando el Viceministro de Justicia fue elegido presidente de la Subcomisión del Senado sobre Defensa de la Competencia durante el XIV Congreso.

37. Aunque puede ser demasiado pronto para asegurarlo, todo parece indicar que durante el XVI Congreso se presentará una versión consolidada de esos proyectos de ley anteriores que acabará por promulgarse como ley. Esa optimista predicción se debe, entre otros factores, al objetivo de la ASEAN de que el país se dote de una ley y una política de defensa de la competencia a nivel nacional para 2015.

III. Marco institucional

38. El marco institucional de Filipinas cambió radicalmente el 9 de junio de 2011, cuando el Presidente dictó el Decreto presidencial N° 45. El decreto designó al Ministerio de Justicia como organismo regulador de la competencia, al tiempo que creó la OFC en la Oficina del Ministro de Justicia con las siguientes funciones y responsabilidades:

"a) Investigar todos los casos de violaciones de las leyes de defensa de la competencia y enjuiciar a los infractores para prevenir, frenar y sancionar la monopolización, los cárteles y las combinaciones para restringir el comercio;

b) Hacer cumplir las políticas y leyes de defensa de la competencia para proteger a los consumidores de las prácticas comerciales corruptas abusivas, fraudulentas o perjudiciales;

c) Supervisar la competencia en los mercados velando por el cumplimiento de las prohibiciones y requisitos de las leyes de defensa de la competencia, y, para ello, instar a otros organismos y/o entidades públicas a presentar informes y prestar asistencia;

d) Supervisar y aplicar medidas para promover la transparencia y la rendición de cuentas en los mercados;

e) Preparar, publicar y difundir estudios e informes sobre la competencia para informar y orientar a la industria y los consumidores;

f) Promover la cooperación internacional y fortalecer las relaciones comerciales de Filipinas con otros países, economías e instituciones en los acuerdos comerciales."

39. Como consecuencia del decreto, Filipinas dispone ahora de un órgano público global cuyo propósito es investigar y hacer cumplir las leyes de defensa de la competencia vigentes, vigilar y supervisar los mercados para mejorar la rendición de cuentas y la transparencia y, en general, promover la difusión de información para mejorar la competencia y proteger a los consumidores.

40. La creación de la OFC no limita la función de los 63 reguladores sectoriales, pero sí prevé la adopción de un enfoque colegiado o convenido.

A. Los reguladores sectoriales

41. Filipinas tiene muchos organismos reguladores sectoriales establecidos por leyes sobre determinados sectores. Entre los más destacados figuran la Comisión Reguladora de la Energía (ERC), el Ministerio de Energía, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la Autoridad Portuaria de Filipinas y el Ministerio de Comercio e Industria. Cada uno de esos organismos reguladores tiene su propio diseño institucional, pero ninguno de ellos es realmente independiente del poder ejecutivo.

42. Cabe señalar que, en Filipinas, muchas de las funciones de regulación incumben al poder ejecutivo o legislativo. Por ejemplo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y la ERC no tienen autoridad para conceder "licencias" como ocurre en la mayoría de los países. Para prestar servicios de telecomunicaciones y distribuir energía eléctrica se

requiere una "franquicia nacional" otorgada por el Congreso. Las tasas portuarias —como los derechos de muelle y amarre— que son de aplicación nacional requieren la aprobación de la Oficina del Presidente⁵. Sin embargo, en materia de regulación de la competencia, esas autoridades disponen de amplias facultades residuales.

43. En efecto, hasta la actualidad los esfuerzos para hacer cumplir las normas de defensa de la competencia en los sectores regulados son muy limitados. Esos organismos no han llevado aún ante los tribunales ningún caso de prácticas contrarias a la libre competencia a pesar de que varios de esos mercados regulados parecen estar muy concentrados y, por lo tanto, ser vulnerables a las prácticas restrictivas.

B. Relación entre la Oficina de Defensa de la Competencia y los reguladores sectoriales

44. El Decreto presidencial N° 45, que creó la OFC, no disminuyó la autoridad legal de los reguladores sectoriales.

45. Cabe señalar también que ninguno de los proyectos de ley de defensa de la competencia actualmente propuestos por el Senado y la Cámara de Representantes prevé la centralización del organismo regulador de la competencia. Dichos proyectos de ley establecen que las facultades del futuro organismo regulador de la competencia se "acumularán" a las de los diferentes organismos públicos reguladores de una industria o un sector de una industria y no modificarán en modo alguno las facultades y la autoridad de esos organismos. Al mismo tiempo, esos proyectos de ley no eximen a los sectores que disponen de su propio órgano regulador de la ley de defensa de la competencia. Establecen que "todos los organismos públicos cooperarán y se coordinarán en el ejercicio de sus atribuciones y obligaciones para evitar la superposición, compartir información o cualesquiera otras medidas eficaces".

46. Aunque los proyectos de ley pendientes de aprobación abogan por la regulación simultánea, no dan detalles concretos sobre el alcance y el método de la cooperación y la coordinación. Un proyecto de ley de la Cámara de Representantes, por ejemplo, aborda esa cuestión específica. Establece que el organismo regulador de la competencia consultará al organismo regulador sectorial al emitir directrices relativas a las normas y reglamentos aplicables a las industrias reguladas.

47. Sin embargo, la versión de la OFC presentada al XVI Congreso propone que las competencias de aplicación y regulación de todas las cuestiones relacionadas con la competencia se otorguen al organismo regulador de la competencia.

C. Aspectos institucionales de las propuestas recogidas en los proyectos de ley de la Cámara de Representantes y del Senado

48. La versión consolidada del Senado del XV Congreso propone crear una oficina de defensa de la competencia en el Ministerio de Justicia, muy parecida a la actual estructura institucional de la OFC, pero con autoridad legal. La oficina informaría al órgano de control de la competencia del Congreso, que estaría compuesto por los presidentes de las comisiones designadas del Senado y de la Cámara de Representantes, dos senadores y dos representantes nombrados respectivamente por el Presidente del Senado y el Presidente de

⁵ PDP Australia Pty Ltd y Meyrick and Associates, 2005, "Promoting effective and competitive intra-ASEAN shipping services: The Philippines country report". Disponible en: <http://www.asean.org/archive/AADCP-REPSF-Project/Philippines.pdf> (consultado el 28 de abril de 2014).

la Cámara de Representantes. La oficina se financiaría mediante una ley anual de asignaciones generales, con una partida presupuestaria inicial de 10 millones de pesos.

49. La versión consolidada de la Cámara de Representantes, también del XV Congreso, propone crear un organismo regulador de la competencia independiente, la Comisión de la Competencia Leal de Filipinas. La Comisión estaría integrada por un presidente y cuatro miembros asociados. El presidente y dos miembros asociados serían miembros del Colegio de Abogados de Filipinas, mientras que los otros dos miembros tendrían una competencia reconocida en las esferas de la economía, el comercio, la contabilidad o la gestión financiera. Todos los miembros serían nombrados por el Presidente.

50. Cabe señalar que la OFC ha tomado la iniciativa de preparar la versión consolidada del Senado para el actual Congreso.

51. La sección 4.3 de las Directrices de la ASEAN sobre la Política Regional de la Competencia, titulada "Estructura institucional del organismo regulador de la competencia", dispone que:

"1) Los países miembros podrán elegir el diseño institucional apropiado para sus respectivos organismos reguladores de la competencia (un solo organismo independiente, varios organismos sectoriales o un órgano dentro del departamento o ministerio del gobierno);

2) Los países miembros podrán conceder a sus organismos reguladores de la competencia tanta independencia administrativa como sea necesario y posible para evitar toda influencia política;

3) Los países miembros podrán determinar que el presupuesto del organismo regulador de la competencia esté libre de toda consideración política, es decir, podrán separar el presupuesto del organismo del de otras funciones gubernamentales o hacer que dicho presupuesto dependa de los ingresos generados por el organismo regulador de la competencia;

4) Los países miembros también deberán determinar si crean un órgano de apelación administrativa independiente del organismo regulador de la competencia y del gobierno o dejan los recursos de apelación para la autoridad judicial."

52. El diseño institucional del organismo regulador de la competencia propuesto tanto por el proyecto de ley del Senado como por el de la Cámara de Representantes es el de un organismo dependiente de una entidad pública, a saber, el Ministerio de Justicia en el caso de la versión del Senado y la Oficina del Presidente en el de la versión de la Cámara de Representantes. Por lo tanto, la independencia administrativa y financiera de los organismos reguladores de la competencia propuestos sería limitada. Sin embargo, la versión de la Cámara permite al organismo regulador de la competencia quedarse con todos los ingresos generados por el ejercicio de sus funciones, excepto las sanciones pecuniarias. Ambas versiones prevén que los recursos de apelación sean competencia de la autoridad judicial.

53. En los comentarios a la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD⁶ se deja claro que no es posible señalar de qué modo debería encuadrarse el organismo en el aparato administrativo o judicial de un país determinado. "La presente ley tipo se ha formulado en el supuesto de que la solución administrativa más eficiente probablemente sería un organismo público cuasi autónomo, con amplias facultades judiciales y

⁶ Párrafo 160, capítulo IX, de la Ley tipo de defensa de la competencia, de 2010, publicada bajo la dirección del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, décimo período de sesiones, 7 a 9 de julio de 2009.

administrativas para realizar investigaciones, adoptar decisiones, aplicar sanciones, etc., sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a un organismo judicial superior".

54. De los dos modelos propuestos en el XV Congreso, la versión de la Cámara de Representantes es la "más independiente" estructuralmente y, posiblemente, la menos propensa a la influencia política. Sin embargo, en la práctica, el Ministerio de Justicia cuenta actualmente con equipos clave de investigación penal y enjuiciamiento (la Oficina Nacional de Investigación (NBI) y la Fiscalía Nacional) que parecen ser respetados como organismos profesionales de aplicación de la ley y enjuiciamiento.

55. En última instancia, es mejor dejar la decisión sobre el diseño del organismo a Filipinas; el equilibrio entre costos, eficiencia, eficacia y rapidez de la aplicación debe formar parte de la decisión, y la eficacia final de todo organismo regulador de la competencia depende en gran medida de la percepción de independencia de toda influencia política.

IV. La Oficina de Defensa de la Competencia: iniciativas clave en los 33 primeros meses

56. Como se ha señalado, la creación de la OFC por el Decreto presidencial N° 45 fue un paso significativo hacia la instauración de un régimen de defensa de la competencia para toda la economía. A pesar de que la OFC fue creada por decreto en junio de 2011 sin que se le otorgara ninguna herramienta legislativa adicional, no puede ignorarse la importancia de ese organismo regulador de la competencia. Por ese motivo, es útil documentar las principales actividades y logros de esta organización relativamente nueva.

57. Se requirió un esfuerzo considerable para establecer una organización que fuera coherente con el decreto presidencial. En octubre de 2011, la Ministra de Justicia emitió el Orden Ministerial N° 844, por la que se estableció la organización de la OFC y se designó a un viceministro encargado. De este modo se creó el primer organismo regulador de la competencia de Filipinas.

58. En enero de 2012, la OFC había aprobado su misión, su orientación y un conjunto de principios o valores⁷.

59. La atención prestada inmediatamente por el nuevo organismo regulador de la competencia a la enunciación de unos valores fundamentales claros es importante. En Filipinas, habida cuenta de los niveles percibidos de corrupción y desigualdad, la OFC es digna de elogio por su enfoque abierto y transparente de ciertos valores fundamentales: conceptos como la transparencia, la rendición de cuentas, la equidad y la verdad.

60. El presupuesto anual de la OFC constituye una partida ordinaria separada de la Ley General de Asignaciones. Partiendo de solo 2 empleados a jornada completa en 2012, ahora cuenta con 15 abogados y economistas a jornada completa, complementados por un equipo mixto de 20 abogados de distintos organismos adscritos al Ministerio de Justicia. En el próximo año se espera crear divisiones jurídicas y económicas adicionales.

61. La OFC ha reconocido la necesidad de complementar su labor con la de los reguladores sectoriales y de trabajar en cooperación con ellos. A fin de responder a las funciones definidas en el Decreto presidencial N° 45, se han creado grupos de trabajo, cada uno de los cuales está copresidido por un representante de los reguladores sectoriales.

⁷ OFC, 2012, "Year 1 report and Strategic Plan of Action", disponible en: http://www.aseancompetition.org/resources/articles_publications/2012-07/ofc-year-1-report-and-strategic-plan-action (consultado el 1 de mayo de 2014).

62. En esta fase inicial de establecimiento de un organismo regulador de la competencia viable, ese enfoque de grupo de trabajo con la participación de alto nivel de otros reguladores clave tiene sentido y puede contribuir al ideal general de la cooperación intersectorial.

63. La Ministra de Justicia ha publicado un proyecto de directrices concebidas para explicar mejor la manera en que la OFC y los reguladores sectoriales trabajarán juntos para cumplir con el Decreto presidencial N° 45. El objetivo de las directrices es proporcionar explicaciones útiles sobre los procesos de derivación y la tramitación de las denuncias, y aclarar la relación entre la regulación técnica, la regulación económica y el control de la competencia. El alcance de este desafío se refleja en el número de reguladores que figuran en las directrices: un total de 63 organismos sectoriales.

64. La OFC emitió asimismo su primer documento de política general, titulado "Cooperación para la competencia: el papel y las funciones de un organismo regulador de la competencia y de los organismos reguladores sectoriales", con el que se estableció un marco para la interacción entre la OFC y los reguladores sectoriales.

V. Medidas de cumplimiento

65. La OFC ha emitido directrices de cumplimiento, como las normas de aplicación del Decreto presidencial N° 45, directrices sobre la representación legal, opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas y de protección del consumidor, y procedimientos actualizados para la tramitación de denuncias. Se han elaborado documentos de política general y estudios de casos sobre cuestiones de competencia y se están preparando estudios sectoriales en materia de telecomunicaciones, energía y transporte. La OFC también ha establecido el Consejo de Reguladores Sectoriales para agrupar los sectores e investigar los casos.

66. El primer caso de un cártel que implicaba a distribuidores de gas de petróleo licuado fue presentado en 2012. El caso es objeto en la actualidad de una moción de reconsideración.

67. En los archivos de la OFC figuran 21 casos; de ellos, 7 han sido resueltos, mientras que los 14 restantes son objeto de evaluación.

VI. Promoción de la competencia

68. La promoción de la competencia puede ser una función muy importante para los organismos reguladores de la competencia de las economías en desarrollo, donde aún no se evalúan adecuadamente las repercusiones de la promulgación de leyes y reglamentos en la competencia del mercado. Muchos monopolios u oligopolios pueden atribuirse a políticas o reglamentos estatales que limitan el acceso al mercado o favorecen a un actor dominante en detrimento de competidores más pequeños o nuevos actores potenciales.

69. El Decreto presidencial N° 45 no especifica la función de promoción de la OFC. Parece centrarse en sus funciones jurisdiccionales de hacer cumplir las disposiciones fragmentadas en materia de competencia que figuran en distintas leyes y controlar las prácticas comerciales en el mercado. Los proyectos de ley de la competencia del Senado y de la Cámara de Representantes hacen hincapié por igual en la función jurisdiccional, aunque ambos establecen que el organismo regulador de la competencia "propone legislación para regular las transacciones, el comercio o la industria".

70. La OFC y la Comisión Arancelaria que coordinaba anteriormente la defensa de la competencia han realizado una gran labor de promoción en el sector privado. Como órgano dependiente del Ministerio de Justicia, la OFC también tiene, naturalmente, estrechos vínculos con jueces, fiscales e investigadores.

71. La OFC preparó un plan de promoción que dio lugar a la emisión de la Proclamación presidencial N° 384, que declaró el 5 de diciembre de cada año Día Nacional de la Libre Competencia.

72. Además, como indicador clave de su labor, la OFC publicó sus informes anuales primero y segundo. También puso en marcha el primer curso de introducción al derecho y la política de la competencia para estudiantes de derecho y empresas en una universidad de primera clase del país.

73. Se llevaron a cabo consultas periódicas con organizaciones empresariales y asociaciones patronales para promover el cumplimiento voluntario de las leyes de defensa de la competencia.

74. Sin embargo, los consumidores y la sociedad civil, las otras partes interesadas principales, aún no tienen pleno conocimiento de las cuestiones relacionadas con el derecho y la política de la competencia. Ni la OFC ni los organismos reguladores de la competencia propuestos en los proyectos de ley del Senado y la Cámara de Representantes se encargan tampoco de asesorar al Gobierno en materia de competencia.

75. Si bien la inexistencia de una ley de defensa de la competencia viable puede limitar la capacidad de la OFC para realizar actividades de verdadera promoción y divulgación, la OFC ha señalado la promoción como prioridad clave en el actual Plan de Acción Estratégico: "La preparación de un plan de promoción a largo plazo, incluida la actualización periódica del sitio web de la OFC, la publicación de material de IEC [información, educación y comunicación], y programas de promoción para las empresas (con especial atención a las pymes), los consumidores, los medios de comunicación, los intelectuales y los grupos o sectores conexos".

VII. Cooperación internacional y asistencia técnica

76. En el primer informe anual de la OFC se afirma:

"Los miembros de la OFC han participado en talleres y seminarios en el Japón, Viet Nam, Singapur, Corea [la República de Corea], Tailandia, Laos [la República Democrática Popular Lao], Indonesia, Brunei y Australia. La OFC ha establecido relaciones con organizaciones, entre ellas el Organismo Japonés de Cooperación Internacional (JICA), la Unión Europea (UE), el Organismo Alemán de Cooperación (GTZ), la American Bar Association – Rule of Law Initiative, la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y el Banco Mundial-Corporación Financiera Internacional."

77. Además de participar en los eventos mencionados, la OFC ha desempeñado un papel activo en el Grupo de Expertos de la ASEAN sobre la Competencia y ha sido elegida presidenta para el período 2013-2014. Sus principales iniciativas incluyen la elaboración de:

- a) Un memorando de entendimiento sobre la cooperación regional;
- b) Estudios sectoriales a nivel regional y/o nacional;
- c) Un mecanismo para categorizar los documentos del Grupo de Expertos de la ASEAN sobre la Competencia;

d) Un sistema para medir la eficacia de los Estados miembros de la ASEAN, individual y colectivamente, mediante indicadores generales.

78. La OFC es ahora reconocida dentro de la ASEAN y en la comunidad internacional como el organismo central de control del derecho y la política de la competencia en Filipinas. Desde 2012 es miembro de la International Competition Network.

79. La OFC firmó un memorando de entendimiento con la Comisión de Comercio Justo del Japón para cooperar en materia de cumplimiento y asistencia técnica. En 2013 organizó la novena Reunión de Altos Funcionarios de Asia Oriental sobre Políticas de la Competencia y la octava Conferencia de Asia Oriental sobre Derecho y Política de la Competencia, y este año organizará la cuarta Conferencia de la ASEAN sobre Competencia.

80. Tal vez el mayor desafío que enfrenta la OFC es idear metodologías para asegurar la institucionalización de las enseñanzas extraídas de las visitas y/o talleres de capacitación internacionales. En los albores de cualquier organización existe un riesgo real de que los sistemas internos no estén lo suficientemente maduros para recibir adecuadamente nueva información y traducirla en sistemas y procedimientos en beneficio de la organización. Por lo tanto, la OFC se ha centrado en crear un sistema básico para documentar y divulgar todos los eventos nacionales e internacionales en que participa o que organiza.

81. En general, se puede decir que el país ha hecho grandes avances en la aplicación del derecho y la política de la competencia mediante la OFC. Esos avances han hecho subir puestos al país en las clasificaciones mundiales del Índice de Percepción de la Corrupción (del 129° en 2011 al 94° en 2013) y el Índice Mundial de Competitividad (del 75° en 2011-2012 al 59° en 2013-2014).

VIII. Recomendaciones

82. Es imposible formular observaciones detalladas acerca del derecho de la competencia sin antes reconocer el desafío que supone en la actualidad eliminar la corrupción y las percepciones de desigualdad de la sociedad. Esloganes como "Sin corrupción, se acabó la pobreza" y "La corrupción roba a los pobres" forman parte de las medidas adoptadas para acabar con la corrupción. Debe tenerse en cuenta que la corrupción afecta en gran medida la labor del poder legislativo. Todas las leyes deben ser preparadas de una manera que la sociedad considere transparente y justa. Si bien esto puede ser difícil de lograr, es evidente que la OFC ha empezado a trabajar teniéndolo presente. De hecho, la OFC ha preparado un segundo documento de política general titulado "La gobernanza en la aplicación de la política y el derecho de la competencia", en el que se trata de definir el mejor mecanismo para la aplicación efectiva del derecho y la política de la competencia.

83. Al parecer, el Presidente de Filipinas ha hecho uso de sus atribuciones para vetar unas 200 leyes durante el XV Congreso, muchas de ellas en el ámbito local. Según se ha comentado, el Presidente ha recurrido a esa facultad de veto, previamente muy raramente utilizada, cuando ha considerado que existían obstáculos prácticos para aplicar la ley tal cual se había redactado y también la posibilidad de consecuencias no deseadas. Si bien el proceso legislativo dispone que ambas cámaras del Congreso deben resolver esas situaciones de forma conjunta, no hay constancia de ningún proyecto de ley vetado por el Presidente que posteriormente haya sido aprobado por aquellas. Esta tendencia indica que el Presidente está utilizando sus atribuciones para contribuir significativamente al proceso de reforma de manera que ninguna ley nueva produzca más desigualdad o injusticia en la sociedad, ni siquiera de forma involuntaria.

La legislación: leyes en vigor y posibles leyes futuras

84. Las leyes vigentes en Filipinas no proporcionan un marco global de defensa de la competencia. La necesidad de un nuevo conjunto de leyes está bien documentada, y los recientes proyectos de ley examinados por el XV Congreso son una demostración práctica de que el momento en que el país contará con una ley global de defensa de la competencia está cerca. No obstante, es imposible medir cuán cerca exactamente.

Recomendación: Debería elaborarse y aprobarse mediante el proceso parlamentario a la mayor brevedad una ley global de defensa de la competencia que sea aplicable a todos los sectores de la economía.

85. Dos cuestiones dignas de mención al contemplarse una nueva ley son las exenciones y el nivel de independencia del regulador.

Recomendación: Toda nueva ley debería ser diseñada para "toda la economía" y dejar poco margen para las exenciones, salvo en defensa del interés público.

86. Las deliberaciones sobre los proyectos de ley presentados al XV Congreso se han limitado en parte a un debate sobre las ventajas de un regulador independiente frente a un regulador "interno".

87. Lograr una financiación suficiente y permanente es mucho más importante que la cuestión de la "independencia".

Recomendación: Todo nuevo organismo regulador debería recibir una financiación suficiente para hacer cumplir la legislación de la manera tradicional, además de mediante iniciativas de educación, promoción y apoyo a las empresas. El concepto de que el organismo se financie quedándose con los fondos percibidos como sanciones o multas debería evitarse, a causa de los incentivos perversos que genera.

Recomendación: Todo nuevo organismo regulador debería ser establecido de manera que se tenga en cuenta la petición de no injerencia política formulada en la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD y que la sociedad en general pueda percibirlo como efectivamente independiente del sistema político.

El criterio de la carga probatoria

88. Las leyes vigentes en Filipinas prevén sanciones penales en caso de delito demostrado ante un tribunal. Para imponerse dichas sanciones penales es necesario demostrar la culpabilidad fuera de toda duda razonable, lo cual constituye un criterio muy estricto.

89. Los proyectos de ley presentados al XV Congreso también incluyen sanciones penales.

90. ¿Es realista enmarcar el derecho de la competencia en este entorno penal?

91. La catalogación de los infractores del derecho de la competencia como delincuentes no es exclusiva de Filipinas. Lo que debe determinarse es si conviene considerar esas infracciones como delitos menos graves y, en consecuencia, exigir un criterio probatorio menos estricto.

92. El regulador de la competencia, ya sea "independiente" o "interno", dotado de una nueva ley global que cumpla todos los criterios recomendados por las directrices de la ASEAN, enfrentará, no obstante, el gran reto de aplicar la ley de una manera que aliente al sector empresarial a cumplirla rápidamente. Como podía esperarse, entre las herramientas a disposición del regulador deberá haber sanciones penales, civiles y administrativas, junto con medidas de educación y promoción.

Recomendación: Tanto el poder legislativo como los funcionarios de todo órgano regulador de la competencia futuro deberán reconocer la necesidad de que este haga un uso eficaz de toda la gama de opciones disponibles para hacer cumplir la ley. El reto del criterio probatorio penal para los casos de acuerdos contrarios a la libre competencia y la lenta resolución de esos casos hacen necesario considerar todas las opciones para promover rápidamente el cumplimiento.

Sanciones administrativas

93. Los proyectos de ley presentados al XV Congreso prevén sanciones administrativas para las personas físicas que van de 10 millones a 50 millones de pesos. Las sanciones para las sociedades van de 250 millones a 750 millones de pesos. Se trata de sanciones de gran cuantía que deberán ser impuestas de una manera consistente y transparente. Mientras no exista una ley de defensa de la competencia, no es posible evaluar la imposición de las sanciones en virtud de esa ley, pero es posible examinar los procesos empleados en el Ministerio de Comercio e Industria para hacerse una idea del proceso potencial.

94. La sanción administrativa prevista en la Ley de Control de los Precios y en los proyectos de ley de defensa de la competencia es una sanción sin referencia a un órgano judicial independiente. Es comprensible que algunas partes argumenten que el regulador de la competencia debe ser independiente si tiene la facultad de imponer sanciones de hasta 750 millones de pesos. En una sociedad en la que se sospecha desde hace mucho tiempo de la imparcialidad y la equidad de algunas decisiones de los organismos gubernamentales, parece inevitable que las decisiones de imponer o no imponer sanciones y sobre la cuantía de dichas sanciones levanten sospechas.

Recomendación: Deberían prepararse directrices claras en las que se explique la toma de decisiones, la reunión de pruebas, las audiencias y los derechos de apelación contra las sanciones administrativas previstas en las nuevas leyes de defensa de la competencia.

El concepto de la responsabilidad solidaria

95. Una característica común de los dos proyectos de ley presentados al XV Congreso es una disposición relativa a la responsabilidad solidaria de los dirigentes de las sociedades.

96. Esta es una característica muy importante de los regímenes de control de la competencia: la capacidad para responsabilizar a múltiples personas físicas y evitar que se escuden en la sociedad es un incentivo vital para el cumplimiento.

Recomendación: Toda ley de competencia debería contener una disposición que prevea, cuando el infractor sea una corporación, sociedad, asociación, empresa u otra entidad, la responsabilidad solidaria de los directores, presidentes, socios generales y similares.

Las políticas de clemencia, los denunciantes y el "intento de conducta ilícita"

97. El derecho de la competencia debe articularse de tal manera que se persigan tanto las conductas contrarias a la libre competencia como los intentos de llevar a cabo dichas conductas.

98. Es importante que los intentos de infringir la ley sean tratados con tanta dureza como la conducta propiamente dicha.

99. Al analizar este tema conviene estudiar las protecciones ofrecidas a los posibles testigos, ya sean denunciantes, solicitantes de clemencia o simples ciudadanos que han sido testigos de alguna conducta prohibida.

100. Para ello puede recurrirse al Programa de Protección de Testigos del Ministerio de Justicia, mecanismo que alienta a los testigos a declarar protegiéndolos de las represalias y de las perturbaciones económicas.

Recomendación: Todo nuevo régimen de defensa de la competencia debe incluir una política de clemencia, la protección de los denunciantes y un delito de intento de conducta contraria a la libre competencia para ser realmente eficaz. Se debería considerar el concepto de clemencia, no solo la inmunidad.

Capacidad del régimen de enjuiciamiento del Ministerio de Justicia

101. Varios organismos se encargan del enjuiciamiento de los delitos penales conforme a lo previsto por los proyectos de ley. En resumen, el personal de la OFC investigará y reunirá pruebas, el personal de la NBI le prestará asistencia y también reunirá pruebas, y el personal de la Fiscalía realizará la investigación preliminar y, si se toma la decisión de incoar actuaciones, ejercerá la acusación ante el Tribunal Regional de Primera Instancia.

102. La OFC es digna de elogio por tener ya a funcionarios en comisión de la NBI en su plantilla. Sin duda, la dirección de la OFC comprende que debe crear capacidad. Sin embargo, es preocupante que no se tenga en cuenta que las demandas de recursos de la NBI tendrán un efecto negativo en la aplicación de toda ley de defensa de la competencia que se apruebe.

Recomendación: Toda propuesta presupuestaria para financiar un organismo regulador de la competencia debe tener en cuenta al mismo tiempo las consecuencias financieras para la Oficina Nacional de Investigación y la Fiscalía Nacional.

Capacidad del poder judicial

103. La OFC ya ha realizado algunas actividades de promoción y creación de capacidad de los profesionales del derecho, entre ellas un evento informativo/educativo para capacitar a varios jueces a principios de 2013. Al igual que gran parte de las actividades de educación/promoción que se han llevado a cabo, la OFC es digna de elogio por reconocer al poder judicial como público destinatario.

Recomendación: La Oficina de Defensa de la Competencia debería mantener contacto con el poder judicial para garantizar que los tribunales conozcan bien toda ley que se apruebe y estén al corriente de las demandas que tendrán que atender cuando se les presenten causas. Ese contacto debe respetar la independencia de los funcionarios judiciales, pero puede mantenerse de manera que sea beneficioso tanto para el organismo regulador como para el poder judicial.

La labor de aplicación

104. Ya hemos expuesto el desafío que supone gestionar la reunión de pruebas y las tareas de enjuiciamiento asociadas con la aplicación del derecho de la competencia. Es igualmente importante tener en cuenta todos los conocimientos especializados necesarios para poner en práctica un régimen de aplicación.

105. La estructura y el personal del organismo regulador deben reflejar la complejidad de la tarea, en especial en los albores de la vigencia de una nueva ley. Habrá presión para emprender acciones ante los tribunales ya que es la única manera de desarrollar la ley: la jurisprudencia contribuye a la interpretación de la ley y solo puede nacer de los litigios ante la justicia. El organismo regulador de la competencia tendrá que aceptar que ello tomará

muchos años. Sin embargo, las herramientas de aplicación no se pueden dejar en suspenso a la espera de que los tribunales interpreten y desarrollen la ley. El organismo regulador (ya esté dentro del Ministerio de Justicia o funcione de manera independiente) tendrá que elaborar una política de aplicación para ayudar al sector empresarial en general a entender sus objetivos.

106. En relación con la labor de aplicación, pero sin formar parte de ella, es necesario tener capacidad suficiente para llevar a cabo análisis de mercado; es evidente que se deben comprender los diversos mercados y la posibilidad de que una conducta contraria a la libre competencia influya negativamente en la experiencia del consumidor. Los conocimientos especializados necesarios para realizar esa labor no son necesariamente los mismos que se requieren para la reunión de pruebas y la actividad de enjuiciamiento.

107. Después de una serie de cursos sobre los estudios sectoriales y análisis de mercado, la OFC está preparando estudios y análisis sobre los sectores del transporte, la energía y las telecomunicaciones.

Recomendación: La OFC debería proseguir la labor que ya ha comenzado para crear la capacidad necesaria en todas las facetas de la administración de una ley eficaz de defensa de la competencia. Se debería considerar la colaboración permanente con la comunidad de la ASEAN y la comunidad internacional en general para fomentar los conocimientos técnicos y las políticas en esta esfera fundamental. Deberían estudiarse a la mayor brevedad enfoques que aprovechen los medios sociales y las tecnologías más recientes.

Sensibilización: un régimen de tramitación de denuncias

108. La OFC ha reconocido en su Plan de Acción Estratégico la necesidad de dotarse de un proceso de tramitación de las denuncias. Esto es mucho más importante que tener simplemente un proceso interno sólido para que los asuntos se gestionen y no se pierdan. Ese proceso interno debe ser un pilar fundamental sobre el que se construya la confianza del público.

Recomendación: La OFC debería preparar un régimen de tramitación de denuncias y un régimen de presentación de información que contribuyan a aumentar la confianza del público.

Resumen de las recomendaciones

109. Las recomendaciones podrán estudiarse mejor si se agrupan en relación con su grupo destinatario, a saber: los legisladores, el Gobierno y los funcionarios del organismo.

Para los legisladores

Debería elaborarse y aprobarse mediante el proceso parlamentario a la mayor brevedad una ley global de defensa de la competencia que sea aplicable a todos los sectores de la economía.

Toda nueva ley debería ser diseñada para "toda la economía" y dejar poco margen para las exenciones, salvo en defensa del interés público.

Todo nuevo organismo regulador debería ser establecido de manera que se tenga en cuenta la petición de no injerencia política formulada en la Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD y que la sociedad en general pueda percibirlo como efectivamente independiente del sistema político.

Tanto el poder legislativo como los funcionarios de todo órgano regulador de la competencia futuro deberán reconocer la necesidad de que este haga un uso eficaz de toda la gama de opciones disponibles para hacer cumplir la ley. El reto del criterio probatorio penal para los casos de acuerdos contrarios a la libre competencia, junto con la lenta resolución de esos casos, hacen necesario considerar todas las opciones para promover rápidamente el cumplimiento.

Toda ley de competencia debería contener una disposición que prevea, cuando el infractor sea una corporación, sociedad, asociación, empresa u otra entidad, la responsabilidad solidaria de los directores, presidentes, socios generales y similares.

Todo nuevo régimen de defensa de la competencia debe incluir una política de clemencia, la protección de los denunciantes y un delito de intento de conducta contraria a la libre competencia para ser realmente eficaz. Se debería considerar el concepto de clemencia y no solo la inmunidad.

Para el Gobierno

Todo nuevo modelo regulador debería recibir una financiación suficiente para hacer cumplir la legislación de la manera tradicional, además de mediante iniciativas de educación, promoción y apoyo a las empresas. El concepto de que el organismo se financie quedándose con los fondos percibidos como sanciones o multas debería evitarse, a causa de los incentivos perversos que genera.

Toda propuesta presupuestaria para financiar un organismo regulador de la competencia debe tener en cuenta al mismo tiempo las consecuencias financieras para la NBI y la Fiscalía Nacional.

Para los funcionarios del organismo

Tanto el poder legislativo como los funcionarios de todo órgano regulador de la competencia futuro deberán reconocer la necesidad de que este haga un uso eficaz de toda la gama de opciones disponibles para hacer cumplir la ley. El reto del criterio probatorio penal para los casos de acuerdos contrarios a la libre competencia, junto con la lenta resolución de esos casos, hacen necesario considerar todas las opciones para promover rápidamente el cumplimiento. (Reproducida también en la sección para los legisladores.)

Deberían prepararse directrices claras en las que se explique la toma de decisiones, la reunión de pruebas, las audiencias y los derechos de apelación contra las sanciones administrativas previstas en las nuevas leyes de defensa de la competencia.

La OFC debería mantener contacto con el poder judicial para garantizar que los tribunales conozcan bien toda ley que se apruebe y estén al corriente de las demandas que tendrán que atender cuando se les presenten causas. Es evidente que ese contacto debe respetar la independencia de los funcionarios judiciales, pero puede mantenerse de manera que sea beneficioso tanto para el organismo regulador como para el poder judicial.

La OFC debería proseguir la labor que ya ha comenzado para crear la capacidad necesaria en todas las facetas de la administración de una ley eficaz de defensa de la competencia. Se debería considerar la colaboración permanente con la comunidad de la ASEAN y la comunidad internacional en general para fomentar los conocimientos técnicos y las políticas en esta esfera fundamental. Deberían estudiarse a la mayor brevedad enfoques que aprovechen los medios sociales y las tecnologías más recientes.

La OFC debería preparar un régimen de tramitación de denuncias y un régimen de presentación de información que contribuyan a aumentar la confianza del público.
