

2025

ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR



2025

ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR





INSTITUCIONES PARTICIPANTES

REPÚBLICA ARGENTINA

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

REPÚBLICA DEL PARAGUAY

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA





EQUIPO EDITORIAL

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

Gustavo Augusto Freitas de Lima, Presidente

COORDINACIÓN

Otavio Augusto de Oliveira Cruz Filho

REVISIÓN

Izabel Cristina Medina Brum

TRADUCCIÓN

Adriianne Vanessa Carvalho Amorim

Denise Cardoso Barbosa

Douglas Gonçalves Martins

DIAGRAMACIÓN

Wandson Lucas Nascimento Siqueira



MIEMBROS

**COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
REPÚBLICA ARGENTINA**

Eduardo Rodolfo Montamat, Presidente

**COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA
REPÚBLICA DEL PARAGUAY**

Eduardo Carlos Barros Vasconcellos, Presidente

**COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY**

Daniel Ferrés, Presidente





ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
APRESENTAÇÃO	11
ENTREVISTA	13
REPÚBLICA ARGENTINA	31

- **Defensa de la Competencia en Procesos de Integración Regional: el caso del MERCOSUR** 33

Defesa da Concorrência em Processos de Integração Regional: o caso do MERCOSUL

Eduardo Montamat

- **Novedades sobre estudios de regulaciones que restringen la competencia en los mercados: el rol de las recomendaciones pro-competitivas** 47

Atualização sobre revisões regulatórias que restringem a concorrência nos mercados: o papel das recomendações pró-competitivas

Germán Zamorano

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	59
--------------------------------	----

- **Acordo de Concorrência do Mercosul: Evolução ou Involução?** 61

Acuerdo de Competencia del Mercosur: ¿Evolución o Involución?

Pedro de Abreu e Lima Florêncio

- **Processo administrativo para apuração de ato de concentração (“Apac”) nº 08700.000641/2023-83 (Digesto/Jusbrasil): Conceitos de grupo econômico e controle compartilhado sob a ótica antitruste no Brasil** 75

Procedimiento administrativo de investigación de operación de concentración (Apac) nº 08700.000641/2023-83 (Digesto/Jusbrasil): Conceptos de grupo económico y control conjunto desde la perspectiva antimonopolio en Brasil

Mauricio Oscar Bandeira Maia e Edson Junio Dias de Sousa



- CONACOM aprueba nuevo instructivo para la notificación de operaciones de concentración: hacia una mayor eficiencia en el control de fusiones en Paraguay 91

CONACOM aprova nova instrução para a notificação de operações de concentração: rumo a uma maior eficiência no controle de fusões no Paraguai

Rolando Díaz Delago

- Juegos de Azar y Competencia en el Mercosur: Análisis de los Modelos Regulatorios de Paraguay y Chile 109

Jogos de azar e concorrência no Mercosul: análise dos modelos regulatórios do Paraguai e do Chile

Vanessa Facuse e María Luisa Ilharreborde

- Defensa de la competencia en las compras públicas en Uruguay: Actualidad y desafíos 129

Defesa da concorrência nas compras públicas no Uruguai: Atualidade e desafios

Ec. Martín Sequeira

- Reinterpretando los objetivos del régimen de defensa de la competencia en Uruguay 147

Reinterpretando os objetivos do regime de defesa da concorrência no Uruguai

Diego Gamarra, Luciana López e Federico Samudio



PRESENTACIÓN

Es con gran honor y satisfacción que presento la cuarta edición del **Anuario de la Competencia del MERCOSUR**.

La creación del anuario, inicialmente, podría considerarse una iniciativa audaz e incluso ambiciosa. Sin embargo, hoy resulta evidente que esta publicación se ha consolidado como un medio de difusión del conocimiento, que fomenta la reflexión y promueve el debate entre los expertos en defensa de la competencia, con una mirada atenta a la realidad de América del Sur. El anuario se ha convertido en una referencia estable en el panorama competitivo de nuestra región.

Quisiera expresar mi sincero agradecimiento a las autoras y los autores de los artículos de esta edición. Su esfuerzo y experiencia han sido fundamentales para la profundidad y calidad de esta publicación, aportando diversidad de perspectivas y enriqueciendo el debate. Nuestra pluralidad es un patrimonio valioso, y la cooperación fortalece nuestra capacidad de acción.

Al mirar hacia atrás, reconozco con satisfacción el trabajo que han realizado los miembros del Comité Técnico Nº 5 del MERCOSUR. Cada paso que hemos dado para ampliar nuestra interacción fortalece no solo los conocimientos técnicos, sino también nuestro entendimiento mutuo. Conocer mejor a nuestros países vecinos y profundizar el diálogo nos permite, a la vez, comprendernos mejor como región. Cooperar es un aprendizaje conjunto.

Para nosotros, del Cade, es siempre motivo de gran alegría dialogar con nuestros colegas de las agencias de competencia de América del Sur, ya sea en conversaciones bilaterales o en el análisis de casos concretos de conducta y de operaciones de concentración. Estas interacciones amplían nuestra perspectiva, fortalecen las decisiones y ponen de manifiesto los diversos beneficios de la integración regional.

En esta edición, merece particular atención la entrevista con William Kovacic, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, expresidente de la Comisión Federal de Comercio (FTC) de los Estados Unidos, quien cuenta con una amplia trayectoria en el ámbito del Derecho de la Competencia internacional. Desde la primera publicación del anuario, hemos mantenido la tradición de entrevistar a figuras destacadas del derecho antimonopolio en todo el mundo. En esta ocasión contamos con la presencia de una persona que es referente para todos nosotros, a quien agradecemos sinceramente por haber aceptado nuestra invitación y prestigiar el anuario de 2025.



Este anuario reúne temas de gran relevancia para el Derecho de la Competencia, como los conceptos de grupo económico y control compartido, los criterios de notificación de operaciones, la articulación de la defensa de la competencia en la regulación del mercado de apuestas y la actuación ante las compras públicas. La obra también presenta un panorama de las principales novedades y debates existentes entre las autoridades que integran el MERCOSUR.

Expreso, además, un agradecimiento especial a los colegas de las agencias de competencia del bloque, que apoyaran la publicación de la presente edición, seleccionando autoras y autores de los artículos y participando de la entrevista. Muchas gracias, mis caros amigos de la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* (CNDC) de Argentina, de la *Autoridad de Fiscalización de Empresas* (AEMP) de Bolivia, de la *Comisión Nacional de Competencia* (CONACOM) de Paraguay, y da *Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia* (CPDC) de Uruguay.

Confío en que esta edición 2025 del anuario llegue a las manos de la mayor cantidad posible de personas, difundiendo ideas, puntos de vista y experiencias sudamericanas en legislación antimonopolio. Que represente, una vez más, una contribución efectiva de las autoridades de competencia del MERCOSUR a la sociedad. ¡Buena lectura!

Gustavo Augusto Freitas de Lima
Presidente
Consejo Administrativo de Defensa Económica



APRESENTAÇÃO

É com imensa honra e satisfação que apresento a quarta edição do Anuário de Concorrência do MERCOSUL.

A criação do anuário, inicialmente, poderia ser considerada uma ideia ousada e talvez até ambiciosa. Contudo, hoje está claro que esta publicação se consolidou como um veículo de disseminação de conhecimento, que estimula reflexões e promove debates entre especialistas em defesa da concorrência, com um olhar atento à realidade da América do Sul. O anuário se tornou uma realidade sólida no cenário da concorrência em nossa região.

Gostaria de expressar a mais sincera gratidão às autoras e autores dos artigos desta edição. Seu empenho e expertise foram essenciais para a qualidade e profundidade desta publicação, oferecendo diversidade de perspectivas e enriquecendo o debate. A pluralidade é uma das nossas maiores riquezas, e a cooperação fortalece nossa capacidade de ação.

Olhando para trás, vejo com orgulho o belo trabalho que vem sendo realizado pelos membros do Comitê Técnico nº 5 do MERCOSUL. Cada passo que temos dado para ampliar a nossa interação fortalece não apenas o conhecimento técnico, mas também nosso entendimento mútuo. Conhecer melhor nossos vizinhos e aprofundar o diálogo nos permite, ao mesmo tempo, compreender-nos melhor como região. Cooperar é um aprendizado conjunto.

Para nós, do Cade, é sempre motivo de grande alegria dialogar com nossos colegas das agências de concorrência da América do Sul, seja em conversas bilaterais ou na análise de casos concretos de conduta e de atos de concentração. Essas interações ampliam nosso olhar, enriquecem nossas decisões e evidenciam alguns dos inúmeros benefícios da integração regional.

Na presente edição, merece destaque a entrevista com William Kovacic, professor da Faculdade de Direito da Universidade George Washington, ex-presidente da Federal Trade Comisión dos Estados Unidos (FTC), que tem longa trajetória no cenário do Direito da Concorrência internacional. Desde a primeira edição do anuário, temos mantido a tradição de entrevistar figuras de destaque do antitruste no mundo. Nesta ocasião, contamos com a presença de uma pessoa que é referência para todos nós, a quem agradecemos sinceramente por aceitar nosso convite e prestigiar o anuário de 2025.

Este anuário reúne temas especialmente relevantes para o Direito da Concorrência, como os conceitos de grupo econômico e controle compartilhado,



os critérios de notificação de operações, a interface da defesa da concorrência na regulação do mercado de apostas e sua atuação em relação às compras públicas. A obra também apresenta um panorama das principais novidades e discussões existentes entre as autoridades que integram o MERCOSUL.

Gostaria de expressar, também, um agradecimento especial aos colegas das agências de concorrência do bloco, que apoaram a publicação da presente edição, selecionando autores dos artigos e participando da entrevista. Muito obrigado, meus caros amigos da *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia da Argentina* (CNDC), da *Autoridad de Fiscalización de Empresas da Bolívia* (AEMP), da *Comisión Nacional de Competencia do Paraguai* (CONACOM), e da *Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia* do Uruguai (CPDC).

Espero que esta edição de 2025 do nosso anuário chegue às mãos da maior quantidade possível de pessoas, difundido ideias, pontos de vista e experiências sul-americanas da legislação antitruste. Que esta seja mais uma contribuição efetiva das autoridades de concorrência do MERCOSUL à sociedade. Boa leitura!

Gustavo Augusto Freitas de Lima
Presidente
Conselho Administrativo de Defesa Econômica



ENTREVISTA

William E. Kovacic



William E. Kovacic es Profesor de Derecho y Política de la Competencia Global de la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington y Director de su Centro de Derecho de la Libre Competencia. También actúa como Profesor Visitante en el King's College de Londres, una de las universidades más tradicionales del Reino Unido. Entre agosto de 2013 y marzo de 2022, fue Director no ejecutivo de la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA). Junto con Ariel Ezrachi es editor de la Revista de Defensa de la Competencia (Journal of Antitrust Enforcement). Fue miembro de la Comisión Federal de Comercio (FTC) de enero de 2006 a octubre de 2011 y presidió la agencia antimonopolio entre 2008 y 2009. Fue Consejero General de la FTC de junio de 2001 a diciembre de

2004 y Vicepresidente de Divulgación de la Red Internacional de Competencia. Ha asesorado a numerosos países y organizaciones internacionales en materia de defensa de la competencia, protección de los consumidores, contratos públicos y diseño de instituciones reguladoras. Fue premiado con el Miles W. Kirkpatrick por Lifetime Achievement Award, concedido por la FTC a aquellos que ofrecieron contribuciones significativas y duraderas a la agencia.





ENTREVISTA - William E. Kovacic

Agosto - 2025

1) Usted ha destacado la importancia de las autoridades de competencia, especialmente aquellas más jóvenes o de menor tamaño, en la búsqueda del equilibrio entre ambición y realismo. Ante los desafíos como los recursos limitados y una jurisprudencia en proceso de consolidación, ¿cuáles serían las prioridades más razonables y estratégicas para estas agencias?

Kovacic: La principal responsabilidad de la dirección de la autoridad es definir los objetivos y establecer prioridades para alcanzarlos. Esto no se puede lograr con éxito mediante la amplia o exclusiva práctica de improvisación. El punto de partida esencial para que la agencia establezca efectivamente sus prioridades consiste en desarrollar un proceso formal para definirlas y seleccionar los proyectos adecuados para alcanzarlas. Este proceso puede gestionarse de diversas maneras, incluso a través de la creación de un departamento de políticas internas encargado de orientar a los dirigentes de la agencia en la definición de sus objetivos.

En un nivel avanzado, el establecimiento de estrategias y prioridades del programa tiene tres elementos esenciales. El primer elemento clave es identificar los problemas económicos que son más importantes para la sociedad y evaluar cómo la aplicación de políticas de competencia puede mitigar estos problemas. El objetivo aquí es alinear los programas de la agencia de competencia con las necesidades más reivindicadas. Estas necesidades pueden identificarse de diversas maneras, a través de consultas públicas, de la propia investigación y reflexión de la agencia sobre los últimos programas de aplicación de la ley, y mediante discusiones con otros organismos públicos.

El segundo elemento fundamental de la priorización es realizar un cuidadoso balance interno de las herramientas de formulación de políticas de la agencia y de sus recursos humanos. El propósito de este ejercicio es determinar el alcance total de su capacidad jurídica. ¿Cuál es la relevancia del mandato sustantivo y qué instrumentos políticos están disponibles para ejecutarlo? También es necesario evaluar sus recursos: ¿cuántas personas componen el equipo? ¿su capacidad y experiencia son adecuadas para resolver las exigencias derivadas del cumplimiento de nuestras prioridades? ¿Disponemos de una infraestructura administrativa capaz de sostener el cumplimiento de los objetivos definidos? Lo importante aquí es comprobar si los compromisos asumidos por la agencia están en consonancia con su capacidad real de ejecución. Ninguna agencia alcanza el éxito prometiendo más de lo que puede cumplir.

Como se ha señalado anteriormente, una prioridad fundamental para cualquier agencia, ya sea nueva o consolidada, es desarrollar la capacidad jurídica y los recursos de la organización para seleccionar y ejecutar programas eficaces. Una agencia nueva debe decidir cuánto «consumir» mediante el lanzamiento de nuevos proyectos y cuánto «invertir» en el desarrollo de competencias. La presión sobre una nueva agencia para «hacer algo» y presentar resultados puede llevarla a iniciar proyectos sin evaluar adecuadamente su capacidad para ejecutarlos con éxito. Las inversiones en capacidad no producen resultados inmediatos ni fácilmente visibles, sino que fortalecen la habilidad de la agencia para lograr buenos resultados en el futuro. El desempeño de las agencias y de sus directivos se evalúa a menudo en función de los resultados actuales de casos, normativas y estudios, y no por la inversión en capacidades futuras. Esto puede generar un desajuste crítico entre los compromisos de la agencia y su capacidad para lograr resultados de calidad. Para evitar o reducir este desajuste, cada agencia debe destinar una parte de su presupuesto anual al desarrollo de capacidades que garanticen el éxito futuro.

El tercer elemento consiste en establecer un proceso para seleccionar proyectos —como casos, estudios de mercado, iniciativas de defensa y promoción— que contribuyan a que la agencia alcance sus objetivos. Un proceso eficaz de selección de proyectos plantea las siguientes cuestiones para cada propuesta de iniciativa:

¿El proyecto propuesto está en consonancia con las prioridades establecidas por la agencia? ¿De qué manera se integra en la estructura de objetivos definidos por la agencia? Aunque hay flexibilidad para incluir iniciativas prometedoras que no encajan perfectamente en los objetivos, por lo general es más adecuado seleccionar proyectos que contribuyan de manera clara a las prioridades de la agencia.

¿Qué resultados espera obtener la agencia si el proyecto tiene éxito, incluyendo mejoras en el rendimiento económico, aclaraciones relevantes, ampliación de la jurisprudencia o fortalecimiento de las capacidades internas? Esta pregunta ayuda a garantizar que la agencia comprenda claramente el propósito de elegir un proyecto específico: ¿qué se ganará si tiene éxito?

¿Cuáles son los riesgos potenciales para la agencia al llevar a cabo el proyecto, incluyendo posibles daños a su reputación en caso de fracaso percibido, el establecimiento de precedentes judiciales desfavorables debido a una derrota legal, reacciones políticas negativas de la comunidad empresarial o insatisfacción del público si percibe que la agencia prometió más de lo que podía cumplir? Esta cuestión exige que la agencia evalúe cuidadosamente lo que puede salir mal. Identificar y medir los riesgos no significa actuar con timidez en el ejercicio de sus funciones. Por el contrario, es perfectamente razonable, y a menudo deseable, que una organización asuma riesgos calculados, iniciando proyectos desafiantes



cuando los beneficios potenciales del éxito son sustanciales. El programa espacial estadounidense, que envió seres humanos a la luna en las décadas de 1960 y 1970, es un buen ejemplo de la combinación de ambición y realismo. La Administración Nacional de Aeronáutica y el Espacio (NASA) sabía que el proyecto era arriesgado y trabajó intensamente para minimizar los riesgos con el fin de alcanzar sus ambiciosos objetivos de exploración.

¿Quién llevará a cabo el proyecto? Esta pregunta nos lleva de vuelta al punto mencionado anteriormente sobre la necesidad de que la agencia evalúe de forma realista sus capacidades. La agencia no puede asumir que su mejor equipo será capaz de ejecutar todos los proyectos con éxito. ¿Cuáles son las competencias del equipo asignado al proyecto y son adecuadas para la tarea? Es habitual que las agencias «se esfuercen» y soliciten que el personal cualificado desempeñe funciones en las que tiene poca o ninguna experiencia. En parte, esto es inevitable, sobre todo para una agencia nueva que busca implementar un nuevo mandato. La idea central es evitar crear el hábito de depender de profesionales talentosos, pero sin experiencia, para enfrentarse a los equipos altamente cualificados y experimentados que los demandados movilizarán contra la agencia. En la mayoría de los casos, esto no suele ser una disputa justa.

¿Cuánto costará el proyecto en términos de recursos humanos y administrativos?

Esta pregunta es otra manera de asegurar que la agencia disponga de los recursos para realizar el proyecto y, al menos indirectamente, considerar los proyectos alternativos que dejaría de lado en caso de aprobar la iniciativa propuesta.

¿Cuál es el plazo estimado para la conclusión del proyecto? Esta pregunta orienta a la agencia a definir un cronograma probable para el proyecto y a emitir una opinión fundamentada sobre su conclusión. Este cronograma debe actualizarse periódicamente para constituirse en una herramienta valiosa para la dirección y alta gerencia de la agencia, que podrán así acompañar el progreso del proyecto.

¿Cómo se integra el proyecto en la cartera de proyectos vigentes de la agencia? Las agencias deben administrar sus carteras de proyectos de manera similar a como los inversores construyen su cartera de intereses financieros. Uno de los principios financieros establece que los individuos deben crear carteras «equilibradas» que combinen inversiones de alto riesgo/alto rendimiento, riesgo moderado/rendimiento moderado y bajo riesgo/bajo rendimiento. Existen varias alternativas posibles, ajustadas a las necesidades financieras y la preferencia de riesgo de cada individuo. En general, tanto para las agencias como para los individuos, no es prudente acumular todos los proyectos en los extremos. Para las agencias, resulta peligroso construir una cartera de procesos compuesta principalmente por casos

de alto riesgo económico y que enfrentan una incertidumbre jurídica o decisiones desfavorables. De igual modo, no es prudente centrarse en casos con poca relevancia económica y sin trascendencia doctrinal.

¿Cómo sabrá la agencia que el proyecto logró alcanzar los objetivos propuestos? Las agencias deben definir, al inicio del proyecto, los criterios de referencia que permitan observar si la iniciativa está funcionando según lo previsto. Esta constituye una base fundamental que permite evaluar el desempeño de los programas y procesos de las agencias.

Teniendo en cuenta la estructura mencionada anteriormente, ofrezco tres sugerencias de priorización para nuevas agencias (las más antiguas también pueden considerarlas). En primer lugar, se debe garantizar que la agencia esté invirtiendo en la creación de una infraestructura para definir prioridades y seleccionar proyectos. En segundo lugar, se debe invertir de manera regular y continua en las capacidades necesarias para seleccionar proyectos con sabiduría y efectivamente realizarlos. En tercer lugar, se debe definir prioridades y proyectos a través de un proceso que refleje las competencias y la capacidad de investigación de la agencia, y que haga consultas externas para identificar las áreas más relevantes del interés público.

2) Algunas veces, las autoridades de competencia latinoamericanas enfrentan dificultades para llamar la atención del público y de las demás partes interesadas sobre problemas de competencia. ¿Qué consejo nos ofrecería para revertir este proceso?

Kovacic: Conquistar la conciencia pública es un gran desafío para las agencias de competencia, sean nuevas o antiguas. Un conocimiento más amplio sobre el sistema de derecho de la competencia se ha ido consolidando gradualmente con el tiempo y puede mantenerse mediante campañas continuas de abogacía, un trabajo incessante y difícil para todas las agencias.

El punto de partida esencial para promover la concientización es contar con un equipo de comunicación integralmente dedicado a coordinar y ejecutar el programa de divulgación de las actividades de la agencia. Los buenos programas de abogacía hacen uso de todas las herramientas de comunicación habituales en los medios modernos de servicios de información. Las autoridades más nuevas son responsables de crear algunas de las más inventivas y, por lo que parece, eficaces campañas de divulgación sobre competencia, utilizando herramientas digitales de creación de contenido (especialmente plataformas de vídeo en línea) y colaborando con grupos externos, con el fin de orientar empresas y alcanzar al público general. El *Agency Effectiveness Working Group* (AEWG), grupo de trabajo de la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) que se ocupa de identificar y promover buenas prácticas en materia de competencia, elaboró una



recopilación de versiones digitales de algunos vídeos especialmente creativos y productos relacionados para elaborar proyectos de divulgación. Lo que resultó claro en todos estos esfuerzos es que el texto impreso dejó de ser suficiente para difundir información. Presentaciones en vídeo —especialmente vídeos cortos— son la mejor manera para que las autoridades expongan su trabajo.

Una estrategia eficaz de divulgación cuenta con varios elementos. El primer paso es identificar a los grupos externos que la autoridad pretende alcanzar, desde el público en general hasta miembros de la administración pública, académicos, distintos sectores socioeconómicos y consumidores.

El segundo paso es identificar los medios para alcanzar estos grupos. Un método posible es el uso de plataformas de terceros. Hay una gran variedad de intermediarios: desde los medios de comunicación tradicionales —impresos o digitales— hasta los que crecen rápidamente y que utilizan principalmente pódcasts para crear contenido. Otro método es la creación de canales propios: tuiteos, pódcasts, vídeos en línea, cuentas en redes sociales y la publicación periódica de información en medios digitales.

Sin embargo, no hay sustitutos para un sitio web de calidad que divulga el trabajo de la agencia de competencia y pone a disposición materiales de investigación y consulta de fácil acceso.

También es posible divulgar informaciones a través de la presencia de representantes de agencias de competencia en eventos transmitidos en línea organizados por la autoridad o por las universidades, laboratorio de ideas, organizaciones sociales, asociaciones profesionales y grupos empresariales. La alta dirección tiene un papel especialmente importante en la presentación de la autoridad de competencia a través de estos eventos.

Un determinante crucial de la eficacia de la divulgación del trabajo de la agencia es, naturalmente, el uso de contenido relevante. Casos, informes y proyectos en materia del derecho de la competencia ofrecen el contenido necesario para promover la autoridad. El papel central del equipo de comunicación de la agencia debe ser divulgar todas estas actividades para el consumo externo. El equipo de comunicación debe trabajar lado a lado con los equipos responsables por los casos y las autoridades del organismo con el fin de elaborar la divulgación de cada una de las actividades y proyectos ejecutados por la agencia. En general, los proyectos que involucran bienes y productos que son más frecuentemente adquiridos y consumidos por el público tienen una mayor probabilidad de captar la atención pública. Estos aspectos revelan la importancia de la inclusión de estos tipos de productos y servicios en cartera de proyectos de derecho de la agencia y del rol del equipo de comunicación.

Las autoridades de competencia con programas de divulgación eficaces incorporan el equipo de comunicación a la estructura organizacional como un todo para la identificación de las prioridades y elaboración de la estrategia de divulgación de contenido. Cada acción tomada por la organización —la tramitación de un caso, la publicación de informes, un discurso proferido de la dirección— constituye una oportunidad para concientizar el público sobre el trabajo de la agencia y sobre el sistema de defensa de la competencia. El equipo de comunicación puede ayudar a la agencia a sintetizar sus actividades en un mensaje accesible para el público externo. De esta manera, será posible construir y fortalecer la imagen de la autoridad de competencia ante la sociedad.

El último paso de la estrategia de comunicación es realizar evaluaciones periódicas para medir el nivel de conocimiento del público externo sobre la agencia y sobre el sistema de defensa de la competencia. Muchas autoridades realizan encuestas de opinión para evaluar ese nivel de conocimiento. Si se realizan de forma periódica, estas encuestas pueden ofrecer una idea aproximada de cómo la población percibe a la agencia y el trabajo que desarrolla.

3) Con base en su experiencia como presidente de la FTC y miembro de la CMA, ¿qué considera que es la clave para garantizar la independencia técnica y política de las autoridades de competencia, especialmente en países con gobiernos de menor estructura, recursos financieros limitados y fuerte influencia del sector privado?

Kovacic: Permítame comenzar con la definición de la autonomía que las autoridades de competencia deben proteger para garantizar su efectividad. La independencia total del proceso político es inalcanzable e indeseable. Y es inalcanzable principalmente porque la mayoría de las agencias obtiene su presupuesto anual del poder legislativo o de algún ministerio. Una agencia que depende de representantes electos o de nombramientos políticos para la obtención de recursos nunca podrá ser completamente independiente de ellos. La independencia total también es indeseable por una razón crucial: la legitimidad de una agencia de competencia depende de su responsabilidad por las decisiones que adopta ante los tribunales, los legisladores y los ministros.

Ningún país otorga a una agencia de competencia poder y recursos significativos sin exigirle rendición de cuentas sobre el uso de esos medios.

La autonomía que resulta esencial preservar es el aislamiento de la influencia política tanto en la decisión de iniciar un proceso como en la imposición de sanciones. Un sistema de política de competencia pierde legitimidad cuando los funcionarios electos pueden interferir en el uso de esos poderes para castigar a los adversarios o favorecer a los aliados. La capacidad de una agencia de imponerse ante los tribunales



depende en gran medida de demostrar que sus actuaciones reflejan el mejor criterio profesional y no una capitulación ante la presión de políticos influyentes.

Entonces, ¿cómo puede una agencia de competencia preservar ese grado esencial de autonomía? Un medio vital para lograrlo es la divulgación transparente de sus actividades y decisiones. Una divulgación significativa incluye la publicación de decisiones que expliquen la lógica de las actuaciones de la entidad; la emisión de directrices que detallen sus intenciones y metodologías de aplicación; la formulación de declaración de políticas que reflejen sus prioridades; y la presentación de programas ante órganos legislativos. De esta manera, y por otros medios, una divulgación sustantiva constituye una poderosa herramienta de rendición de cuentas y facilita el debate público sobre los programas de la agencia.

Otro mecanismo para preservar los niveles necesarios de autonomía es implementar un programa de evaluación *ex post*. Este tipo de programa demuestra el compromiso de la entidad con la evaluación crítica de sus propias iniciativas y con la adopción de los ajustes necesarios.

Un fundamento decisivo para asegurar la autonomía necesaria es la adopción de prácticas institucionales sólidas para la selección y ejecución de proyectos, en especial en la aplicación de la ley. Al seguir garantías procesales ampliamente reconocidas, la autoridad asegura que trata a las partes afectadas de manera justa y actúa de acuerdo con los más altos estándares de profesionalismo.

4) En economías pequeñas y abiertas, donde los mercados relevantes suelen estar altamente concentrado, ¿cómo deben diseñarse las políticas de competencia para prevenir que la falta de alternativas reales de proveedores dé lugar a prácticas abusivas? ¿Qué papel debe desempeñar el análisis de poder de mercado en contextos donde el tamaño del país limita las soluciones de carácter estructural?

Kovacic: En economías pequeñas y abiertas, un régimen de estudios de mercado proporciona una herramienta esencial para que las autoridades de competencia aborden altos niveles de concentración. En este sentido, los estudios de mercado pueden cumplir varios propósitos valiosos. En primer lugar, ofrecen un medio para diagnosticar el alcance y las causas de la alta concentración; por ejemplo, poniendo en evidencia las prácticas empresariales y las políticas públicas que restringen la competencia y explican la concentración en determinados sectores.

En segundo lugar, otra contribución relacionada es identificar soluciones que las economías pequeñas y abiertas pueden proponer para abordar las áreas de concentración detectadas. En algunos casos, la solución reside en reformas de políticas públicas que restringen la entrada en determinados mercados. La

autoridad de competencia puede recurrir a su función de abogacía para proponer las reformas necesarias. En otros casos, un estudio de mercado puede identificar formas indebidas de exclusión que sirvan de base para un caso de abuso de posición dominante o para la creación de un mecanismo regulatorio *ex ante*.

Las agencias de competencia en economías pequeñas y abiertas pueden enriquecer sus propios estudios recurriendo a investigaciones realizadas por otras autoridades y colaborando con países que se encuentran en circunstancias semejantes.

5) Con base en su amplia experiencia, ¿cuáles diría que son hoy los principales factores que dificultan una cooperación internacional más efectiva entre las autoridades de competencia? ¿Qué se puede hacer para superar estos obstáculos? ¿Cómo las agencias pueden avanzar más rápidamente hacia acuerdos de segunda generación?

Kovacic: Me vienen a la mente dos barreras. La primera es la ausencia, en la legislación de competencia, de disposiciones que faculten a la agencia para colaborar con sus homólogas extranjeras. La solución más evidente es reformar la ley para establecer claramente la autoridad de la agencia para cooperar con otras, incluso mediante el intercambio de información sobre proyectos de aplicación de la ley.

La segunda barrera, y quizás la más importante, es el principio de la confianza. Para cooperar de una manera que vaya más allá de lo superficial, las agencias deben confiar unas en otras: creer que comparten una causa común y que, pese a las diferencias, están comprometidas a alcanzar resultados de política de competencia que beneficien a todos.

La confianza se construye con el tiempo a través de diversas medidas. Es un proceso de crecimiento lento que, en muchos casos, comienza con la colaboración en proyectos pequeños que inician el camino para que cada parte comprenda mejor a la otra. Estos proyectos menores pueden dar paso a iniciativas conjuntas de mayor envergadura, como programas de intercambio de personal, estudios, desarrollo de casos y grupos de trabajo, que profundizan la cooperación. La colaboración efectiva se da en tres niveles: la dirección de la agencia, los directivos superiores y los equipos responsables de casos.

El fortalecimiento de la confianza y la ampliación de la cooperación son factores esenciales para el éxito de la política de competencia a nivel mundial. Si actúan de manera aislada, las autoridades de competencia encontrarán cada vez más difícil afrontar con éxito los desafíos futuros. A través del esfuerzo común, tienen una verdadera oportunidad de lograrlo.





ENTREVISTA - William E. Kovacic

Agosto - 2025

1) Você tem enfatizado a importância das autoridades de concorrência, especialmente as mais jovens ou de menor tamanho, na busca pelo equilíbrio entre ambição e realismo. Diante de desafios como recursos limitados e uma jurisprudência em processo de consolidação, quais seriam as prioridades e estratégicas mais razoáveis para essas agências?

Kovacic: A principal responsabilidade da direção da autoridade é definir os objetivos e estabelecer prioridades para alcançá-los. Isso não pode ser alcançado com sucesso através da ampla ou exclusiva prática de improvisação. O ponto de partida essencial para que a agência estabeleça efetivamente suas prioridades consiste em desenvolver um processo formal para defini-las e selecionar os projetos adequados para alcançá-las. Esse processo pode ser administrado de diversas maneiras, inclusive através da criação de um departamento de políticas internas responsável por orientar os dirigentes da agência nas definições de seus objetivos.

Em um nível avançado, o estabelecimento de estratégias e de prioridades do programa possuem três elementos essenciais. O primeiro elemento fundamental é identificar os problemas econômicos mais importantes para a sociedade e avaliar como a aplicação de políticas da concorrência podem dirimi-los. O objetivo aqui é alinhar os programas da autoridade da concorrência com as principais necessidades da sociedade. Tais necessidades podem ser identificadas de diversas maneiras – através de consultas públicas, pesquisas da própria agência, reflexão sobre os últimos programas de aplicação da lei e por meio de discussões com outros órgãos públicos.

O segundo elemento da priorização é realizar um cuidadoso balanço interno das ferramentas de elaboração de políticas da autoridade e de seus recursos humanos. O propósito desse exercício é determinar o alcance total de sua capacidade jurídica. Qual é a relevância do seu mandato e quais instrumentos políticos estão disponíveis para executá-lo? Também é necessário avaliar seus recursos: quantas pessoas compõem a equipe? Sua capacidade e experiência são adequadas para resolver as exigências derivadas do cumprimento de nossas prioridades? Dispomos de uma infraestrutura administrativa capaz de sustentar o cumprimento dos objetivos definidos? O importante aqui é verificar se os compromissos assumidos pela agência estão alinhados com a sua capacidade real de execução. Nenhuma agência alcança o sucesso prometendo mais do que pode cumprir.

Como mencionado anteriormente, uma prioridade essencial para qualquer agência, seja ela nova ou consolidada, é desenvolver a capacidade jurídica e os recursos organizacionais para selecionar e executar programas eficazes. Uma agência mais nova deve decidir quanto “consumir” com o lançamento de novos projetos e quanto “investir” no desenvolvimento de competências. A pressão sobre uma nova agência para “fazer algo” e apresentar resultados pode levá-la a iniciar projetos sem avaliar adequadamente sua capacidade de executá-los com sucesso. Os investimentos em capacidade não produzem resultados imediatos ou facilmente visíveis, mas fortalecem a habilidade da agência de alcançar bons resultados no futuro. O desempenho das agências e de seus gestores é frequentemente avaliado com base nos resultados atuais de casos, regulamentações e estudos, e não pelo investimento em capacidades futuras. Isso pode gerar um desequilíbrio crítico entre os compromissos da agência e sua capacidade de alcançar resultados de qualidade. Para evitar ou reduzir esse desequilíbrio, cada agência deve destinar uma parcela de seu orçamento anual ao desenvolvimento de capacidades que garantam o sucesso no futuro.

O terceiro elemento consiste em estabelecer um processo para selecionar projetos — como casos, estudos de mercado, iniciativas de defesa e promoção da concorrência — que contribuam para que a agência atinja seus objetivos. Um processo eficaz de seleção de projetos levanta os seguintes questionamentos para cada proposta de iniciativa:

O projeto proposto é coerente com as prioridades estabelecidas pela agência? De que forma ele se integra a estrutura de objetivos definida pela agência? Embora exista flexibilidade para incluir iniciativas promissoras que não se adequam perfeitamente nos objetivos da agência, geralmente é mais adequado selecionar projetos que contribuam claramente para as suas prioridades.

Que resultados a agência espera obter se o projeto for bem-sucedido, incluindo melhorias no desempenho econômico, esclarecimentos relevantes, ampliação da jurisprudência ou fortalecimento de capacidades internas? Esta pergunta ajuda a garantir que a agência compreenda claramente o objetivo de escolher um projeto específico: o que será ganho se ele der certo?

Quais são os riscos potenciais para a agência ao realizar o projeto, incluindo possíveis danos à sua reputação diante de falhas observadas, o estabelecimento de precedentes judiciais desfavoráveis devido a uma derrota judicial, reações políticas negativas do setor empresarial, ou insatisfação do público se perceber que a agência prometeu mais do que poderia cumprir?

Essa questão exige que a agência avalie cuidadosamente o que poderia dar errado. Identificar e medir os riscos não significa agir com timidez no exercício de



suas funções. Pelo contrário, é perfeitamente razoável, e frequentemente desejável, que uma organização assuma riscos bem calculados, iniciando projetos desafiadores quando os benefícios potenciais do sucesso são relevantes. O programa espacial americano, que enviou seres humanos à lua nas décadas de 60 e 70, é um bom exemplo da combinação de ambição e realismo. A Administração Nacional da Aeronáutica e Espaço (NASA) sabia que o projeto era arriscado e trabalhou intensamente para minimizar os riscos a fim de alcançar seus ambiciosos objetivos de exploração.

Quem realizará o projeto? Esta pergunta nos remete ao ponto mencionado anteriormente sobre a necessidade de a agência avaliar realisticamente sua capacidade. A agência não pode presumir que a sua melhor equipe será capaz de executar todos os projetos com sucesso. Quais são as competências da equipe designada para o projeto e elas são adequadas para a tarefa? É comum que as agências “se esforcem” e solicitem que profissionais qualificados desempenhem funções nas quais têm pouca ou nenhuma experiência. Em parte, isso é inevitável, especialmente para uma agência nova que busca implementar um novo mandato. A ideia central é evitar criar o hábito de depender de profissionais talentosos, porém inexperiente, para enfrentar as equipes altamente qualificadas e experientes que os representados mobilizarão contra a agência. Na maioria dos casos, isso não costuma ser uma disputa justa.

Quanto custará o projeto, considerando recursos humanos e administrativos? Esta pergunta é mais uma forma de garantir que a agência disponha dos recursos para realizar o projeto e, ao menos indiretamente, considerar projetos alternativos dos quais poderá abrir mão caso aprove a proposta de iniciativa.

Qual é o prazo estimado para a conclusão do projeto? Esta pergunta orienta a agência a definir um cronograma provável para o projeto e emitir uma opinião fundamentada sobre quando ele será concluído. Este cronograma deve ser atualizado periodicamente para servir como uma ferramenta valiosa aos líderes e gestores seniores da agência, que poderão utilizá-lo para acompanhar o andamento do projeto.

Como o projeto se encaixa no portfólio dos projetos vigentes da agência? As agências devem tratar os seus portfólios de projetos da mesma forma que investidores criam portfólios de seus interesses financeiros. Um dos preceitos financeiros estabelece que os indivíduos devem criar portfólios “equilibrados” que combinem investimentos de alto risco/alto retorno, risco moderado/retorno moderado, e baixo risco/baixo retorno. Existem várias alternativas possíveis, que podem ser ajustadas às necessidades financeiras e preferências de risco de cada indivíduo. Em geral, tanto para as agências quanto para os indivíduos, não é sensato acumular todos os projetos em lados extremos. No caso das agências, é perigoso

criar um portfólio de processos composto principalmente por casos de alto risco econômico e que envolvem incerteza jurídica ou decisões desfavoráveis. Da mesma forma, não é prudente focar em casos com pouca significância econômica e sem importância doutrinária.

Como a agência saberá que o projeto alcançou os objetivos propostos? As agências devem definir, ao início do projeto, os padrões de referência que permitam observar se a iniciativa está funcionando da forma esperada. Esta é uma base muito importante que permite avaliar o desempenho dos programas e processos das agências.

Tendo em vista a estrutura mencionada acima, ofereço três sugestões de priorização para novas agências (agências mais antigas também devem considerá-las). Em primeiro lugar, deve-se garantir que a agência esteja investindo na criação de uma infraestrutura para definir prioridades e selecionar projetos. Em segundo lugar, deve-se investir de maneira regular e contínua nas capacidades necessárias para selecionar projetos de forma sensata e realizá-los efetivamente. Em terceiro lugar, deve-se definir prioridades e projetos por meio de um processo que reflete as competências e pesquisas da agência, e que faça consultas externas para identificar as áreas mais relevantes de interesse público.

2) Por vezes as autoridades de concorrência latino-americanas têm dificuldade de chamar a atenção do público e demais partes interessadas sobre problemas concorrenenciais. Você tem algum conselho para reverter esse processo?

Kovacic: Conquistar a consciência pública é um grande desafio para as agências antitruste, sejam elas novas ou antigas. Um conhecimento mais amplo sobre o sistema de direito concorrencial vem crescendo aos poucos no decorrer dos anos e pode ser sustentado por campanhas de advocacia contínuas, um trabalho incessante e difícil para todas as agências.

O ponto de partida fundamental para promover a conscientização é fornecer uma equipe de comunicação integralmente dedicada a coordenar e executar o programa de divulgação das atividades das agências. Bons programas de advocacia fazem uso de todas as ferramentas de comunicação comuns aos meios modernos de serviços de informação. Autoridades antitruste mais novas são responsáveis por criar algumas das mais inventivas e, ao que tudo indica, efetivas campanhas de divulgação da concorrência, utilizando ferramentas virtuais de criação de conteúdo (especialmente plataformas de vídeo online) e colaborando com grupos externos, para orientar empresas e alcançar um público maior. O *Agency Effectiveness Working Group*, grupo de trabalho da Rede Internacional de Concorrência (ICN) que se ocupa de identificar e promover de boas práticas concorrenenciais, compilou versões digitais



de alguns vídeos notadamente criativos e produtos relacionados para elaboração de projetos de divulgação. O que se tornou claro em todos esses esforços é que o texto impresso não é mais suficiente para disseminar informação. Apresentações em vídeo — especialmente vídeos curtos — são a melhor maneira para autoridades apresentarem o seu trabalho.

Um planejamento estratégico efetivo para um projeto de advocacia é composto por várias fases. O primeiro passo é identificar os grupos externos que a autoridade pretende alcançar, desde o público geral até membros da administração pública, acadêmicos, grupos econômicos e consumidores.

O segundo passo é identificar os meios para atingir esses grupos. Um método possível é o uso de plataformas de terceiros. Há uma grande variedade de mediadores, que vão desde os meios de comunicação tradicionais — impressos ou digitais — até os que crescem rapidamente e que utilizam principalmente podcasts para criar conteúdo. Outro método é a criação de plataformas próprias: tweets, podcasts, vídeos online, contas em redes sociais e a publicação periódica de informação em meios digitais.

No entanto, não há substitutos para um site de qualidade que divulga o trabalho da agência antitruste e disponibiliza materiais de pesquisa e consulta de fácil acesso.

Também é possível divulgar informações por meio da presença de representantes da agência antitruste em eventos transmitidos online organizados pela autoridade ou por universidades, *think tanks*, organizações sociais, associações profissionais e grupos empresariais. A liderança tem um papel especialmente importante na apresentação da autoridade antitruste por meio desses eventos.

Um determinante crucial da efetividade da divulgação do trabalho da agência é, naturalmente, o uso de conteúdo relevante. Casos, relatórios, e projetos de direito da concorrência fornecem o conteúdo necessário para promover a autoridade. O papel central da equipe de comunicação da agência deve ser o de divulgar todas essas atividades para o consumo externo. A equipe de comunicação deve trabalhar lado a lado com as equipes responsáveis pelos casos e as autoridades da organização para elaborar a divulgação de cada uma das atividades e projetos executados pela agência. Em geral, os projetos que envolvem bens e produtos que são mais frequentemente adquiridos e consumidos pelo público têm maior probabilidade de receberem maior atenção pública. Isso mostra a importância da inclusão desses tipos de produtos e serviços no portfólio dos projetos de advocacia da agência e do papel da equipe de comunicação.

As autoridades antitruste com programas de advocacia efetivos incorporam a equipe de comunicação à estrutura organizacional como um todo para a identificação das prioridades e elaboração da estratégia de disseminação de conteúdo. Cada ação tomada pela organização — a tramitação de um caso, a publicação de relatórios, um discurso dado por uma liderança — é uma oportunidade para conscientizar o público sobre o trabalho da agência e sobre o sistema de defesa da concorrência. A equipe de comunicação pode ajudar a agência a sintetizar todas as suas atividades em uma mensagem acessível para o público externo.

Dessa forma, será possível construir e fortalecer a imagem da autoridade antitruste para a população em geral.

O último passo para a estratégia de comunicação é fazer avaliações regulares para medir os níveis de conscientização do público externo sobre a agência e sobre o sistema de defesa da concorrência. Muitas autoridades realizam pesquisas de opinião para avaliar o nível de conhecimento do público sobre o tema concorrencial. Caso feito de maneira periódica, essas pesquisas podem fornecer uma ideia aproximada de como a população vê a agência e o seu trabalho.

3) Com base na sua experiência como presidente do FTC e membro do CMA, o que considera ser a chave para assegurar independência técnica e política das autoridades antitruste, especialmente em países com governos com menos estrutura, recursos financeiros e forte influência do setor privado?

Kovacic: Deixe-me começar pela definição da autonomia a que as agências antitruste precisam proteger para garantir sua efetividade. A independência total em relação ao processo político é inatingível e indesejável. E é inatingível principalmente porque a maioria das agências recebe suas receitas anuais do legislativo ou de algum ministério. Uma agência que depende de representantes eleitos ou nomeados politicamente para o recebimento de recursos financeiros nunca poderá ser completamente independente deles. A independência total também é indesejável considerando um aspecto crucial: a legitimidade de uma agência antitruste também está atrelada à sua responsabilidade pelas suas decisões perante tribunais, legisladores e ministros. Nenhuma nação dá a uma agência antitruste poder ou recursos substanciais sem exigir que ela preste contas sobre a forma como os utiliza.

A autonomia que é crucial preservar é o isolamento de influências políticas em decisões como iniciar um processo e impor sanções. Um sistema de defesa econômica perde a legitimidade quando autoridades podem determinar o uso desses poderes, sejam eles para punir inimigos ou favorecer aliados. A capacidade de uma agência de prevalecer perante tribunais depende, em grande medida, de demonstrar



ações que refletem o exercício do julgamento mais profissional possível, e não de se submeter à pressão de políticos influentes.

Então como é possível que uma agência antitruste preserve um grau essencial de autonomia? A publicidade informativa das atividades e decisões é uma maneira vital de atingir esse fim. Uma divulgação significativa inclui a publicação de decisões que revelam a lógica das ações praticadas pela entidade; a emissão de diretrizes que revelam as intenções e metodologias na fiscalização; a afirmação de políticas que refletem as prioridades da agência; expor o conteúdo de programas propostos perante órgãos legislativos. Desta forma e por outros meios, uma divulgação significativa é uma ferramenta poderosa na prestação de contas, além de facilitar um debate público sobre os programas propostos pela agência.

Outro dispositivo para preservar os níveis necessários de autonomia é um programa de avaliação *ex post*. Um programa de avaliação *ex post* demonstra o comprometimento da entidade para avaliar criticamente seu próprio programa e fazer as mudanças necessárias.

Um fundamento decisivo para garantir a autonomia necessária é a adoção de um bom processo para a seleção de projetos e sua execução, especialmente para a aplicação da lei. Ao seguir garantias processuais amplamente adotadas, a agência garante que trata as partes afetadas de forma justa e de acordo com elevados padrões de profissionalismo.

4) Em economias pequenas e abertas, onde o mercado relevante tende a ser altamente concentrado, como as políticas concorrentiais devem ser projetadas para prevenir a falta de alternativa de fornecedores reais de práticas abusivas? Qual o papel da análise de poder de mercado em contextos que o tamanho do país limita soluções de caráter estrutural?

Kovacic: Em economias pequenas e abertas, um regime de estudo de mercado fornece uma ferramenta crucial para instituições de defesa da concorrência usarem na abordagem de altos níveis de concentração. Neste sentido, o estudo de mercado pode servir para uma série de propósitos valiosos. Primeiramente, eles fornecem meios de diagnosticar a extensão e as causas dos altos níveis de concentração. Por exemplo, ao esclarecer os tipos de conduta comercial e as políticas públicas que possam restringir a competição e explicar a concentração do setor.

Em segundo lugar, outra contribuição relacionada é esclarecer soluções que economias abertas e pequenas podem propor para lidar com as áreas de concentração identificadas. Em alguns casos, a solução está em rever políticas públicas que restringem a entrada em mercados específicos. A autoridade da concorrência pode usar seu poder de defesa para propor as reformas políticas necessárias. Em outros

casos, um estudo de mercado pode identificar formas inadequadas de exclusão, que podem servir de base para um caso de abuso de posição dominante ou para a criação de um mecanismo regulatório *ex ante*.

Agências antitruste inseridas em economias pequenas e abertas podem complementar seus próprios estudos consultando pesquisas realizadas por outras entidades e operando em conjunto com países em situação semelhante.

5) Considerando sua vasta experiência, quais são os fatores centrais que estão atualmente frustrando uma cooperação internacional mais bem-sucedida entre as agências antitruste? O que pode ser feito para superar esses obstáculos? Como os órgãos de defesa da concorrência podem avançar mais rapidamente para acordos de segunda geração?

Kovacic: Duas barreiras vêm à mente. A primeira é a ausência, no direito concorrencial, de previsões legais que autorizem a agência de colaborar com parceiros internacionais. A solução mais evidente aqui é uma alteração da lei para definir claramente a autoridade da agência para cooperar com outras autoridades, por meio do compartilhamento de informações sobre projetos de aplicação da lei.

A segunda e, talvez a barreira mais importante, seria o princípio da confiança. Para cooperar de forma mais profunda, as agências devem confiar umas nas outras. Isto é, acreditar que compartilham de uma causa comum e, apesar das diferenças, estão comprometidas em alcançar resultados de política de concorrência que beneficiem a todos.

Com o passar do tempo, a confiança é acumulada através de uma variedade de medidas. Esse processo de construção da confiança é lento e gradual. Isso começa, em vários casos, com a cooperação em pequenos projetos que inicia o processo de permitir que cada parte compreenda a outra. Projetos menores podem evoluir para iniciativas conjuntas mais amplas, como programas de intercâmbio de funcionários, estudos, desenvolvimento de casos e grupos de trabalho, que aprofundam a colaboração. Uma colaboração efetiva existe em três níveis: liderança da agência, gestores seniores e responsáveis pelos casos.

O esforço de construir a confiança e expandir a cooperação é essencial para o sucesso de um empreendimento global da livre concorrência. Ao agirem sozinhos e de forma individualizada, autoridades de defesa da concorrência terão cada vez mais dificuldade em lidar efetivamente com os desafios futuros. Por meio do esforço comum, possuem uma chance real de serem bem-sucedidas.

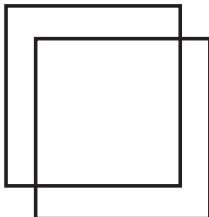


REPÚBLICA ARGENTINA

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Presidente: Eduardo Montamat





Defensa de la Competencia en Procesos de Integración Regional: el caso del MERCOSUR

Defesa da Concorrência em Processos de Integração Regional: o caso do MERCOSUL

Eduardo Montamat

RESUMEN

El presente artículo analiza el desarrollo, evolución y desafíos de la política de defensa de la competencia en el MERCOSUR, en el contexto de los procesos de integración regional. En particular, se estudia la evolución de la política de competencia en el MERCOSUR desde el Protocolo de Fortaleza (1996), que proponía un modelo de aplicación supranacional con capacidad sancionatoria, hasta el vigente Acuerdo de Defensa de la Competencia (2010) de carácter intergubernamental basado en la cooperación y coordinación entre las diferentes autoridades nacionales.

En conclusión, el documento señala que la evolución normativa del MERCOSUR en esta materia refleja los límites del proceso de integración regional en términos de profundidad institucional. Aunque el Acuerdo de 2010 puede interpretarse como una solución pragmática ante las restricciones para avanzar en un modelo supranacional, su eficacia depende en gran medida del compromiso y cooperación voluntaria de los Estados Partes.

Palabras clave: Política de Competencia – Mercosur - Cooperación

RESUMO

Este artigo analisa o desenvolvimento, a evolução e os desafios da política de concorrência no MERCOSUL no contexto dos processos de integração regional. Em particular, estuda a evolução da política de concorrência no MERCOSUL desde o Protocolo de Fortaleza (1996), que propunha um modelo de aplicação supranacional com capacidade sancionatória, até o atual Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul (2010), de caráter intergovernamental, baseado na cooperação e coordenação entre as diferentes autoridades nacionais.

Em conclusão, o documento aponta que a evolução regulatória do MERCOSUL nessa área reflete os limites do processo de integração regional em termos de profundidade institucional. Embora o Acordo de 2010 possa ser interpretado como uma solução pragmática para as restrições ao avanço em direção a um modelo supranacional, sua eficácia depende, em grande medida, do compromisso e da cooperação voluntária dos Estados Partes.



Palavras-chave: Política de concorrência; Mercosul; Cooperação

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, el interés por el rol de las organizaciones regionales en el mundo ha crecido paralelamente a su influencia en el escenario internacional. La globalización y los avances tecnológicos han intensificado la competencia entre países y sectores económicos, impulsando a los Estados a conformar bloques de cooperación e integración como estrategia para fortalecer sus capacidades frente a un contexto cada vez más dinámico y complejo. Al promover la liberalización del comercio, la armonización de regulaciones y normativas sectoriales, estas organizaciones facilitan la cooperación económica regional (Mejía Orozco y Castrejón Lozano, 2007, p. 378). Pero también traen preocupaciones sobre las condiciones de competencia entre los Estados Partes y sus empresas, y el funcionamiento eficiente del sistema económico. El presente trabajo, busca estudiar el desarrollo de la política de defensa de la competencia en el ámbito del Mercado Común del Sur (en adelante, MERCOSUR), y las oportunidades y desafíos que presenta en la actualidad para los Estados Partes.

El artículo se desarrollará de la siguiente manera. En un primer apartado se introducirá la importancia de la política de la competencia en los procesos de integración regional, para garantizar la eficiencia de la economía y preservar los beneficios que trae la libre competencia a los consumidores, introduciendo además el caso del MERCOSUR. Luego, se analizarán los principales acuerdos y protocolos del MERCOSUR en materia de competencia, específicamente, el Protocolo de Fortaleza y el vigente Acuerdo de Defensa de la Competencia de 2010, y las principales diferencias entre ambos. Finalmente, en el último apartado se esbozan ciertas consideraciones finales.

II. DESARROLLO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL MERCOSUR

II.1. Defensa de la Competencia en Procesos de Integración Regional

Los procesos de integración tienen como objetivo mejorar la administración de los recursos y los entornos económicos y sociales de los Estados miembros, por medio de la coordinación y armonización de las legislaciones para encaminar estrategias de desarrollo comunes (Ruiz Díaz Labrano, 2014, p. 171). Para alcanzar tales objetivos comunes, los Estados pueden optar por instituciones de tipo comunitario, o de tipo intergubernamental. Las primeras actúan con independencia y autonomía con respecto a los Estados miembros, constituyéndose como órganos

de naturaleza supranacional o supraestatales mientras que las segundas mantienen dependencia a las instrucciones de los Estados miembros.

Dentro de estos procesos de integración, el establecimiento de políticas de competencia resulta esencial para preservar tanto la eficiencia del sistema económico como los objetivos clave de la integración. En ausencia de un marco normativo eficaz en materia de defensa de la competencia, la supresión de barreras nacionales podría verse comprometida por prácticas empresariales colusorias o abusivas que distorsionen el funcionamiento eficiente del mercado común.

II.2. Defensa de la Competencia en el MERCOSUR

El establecimiento del Mercado Común del Sur (en adelante, MERCOSUR) con la firma del Tratado para la Constitución de un Mercado Común (en adelante, Tratado de Asunción) en 1991¹ y del Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur (conocido como Protocolo de Ouro Preto) en 1994,² buscaba responder a la evidente necesidad de un aumento en la competitividad por vía de la apertura de las economías nacionales en un marco regional (Bernal Meza, 2021, p. 6). El objetivo principal que el bloque persigue desde su creación es “propiciar un espacio común que genere oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional.”³

Sobre la competencia, el artículo 4º del Tratado de Asunción establece que, en relación con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio, pudiendo aplicar sus legislaciones nacionales para inhibir toda práctica desleal. Asimismo, prevé que los Estados Partes coordinen “sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.” Esto incluye, aunque no se limita, a la política de defensa de la competencia.

Sin embargo, el hecho de que los órganos en el MERCOSUR sean de naturaleza intergubernamental, implica que poseen restricciones en la aplicación de las normas que emiten, lo que se manifiesta en la necesidad de consenso para la adopción de

¹ Ver Tratado de Asunción (1991):<https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>

² Ver Protocolo de Ouro Preto (1994): www.mercosur.int/documento/protocolo-ouro-preto-adicional-tratado-asuncion-estructura-institucional-mercosur/.

³ MERCOSUR. *¿Quiénes somos? (...) Objetivo principal.* Visitar: <https://www.mercosur.int/quienes-somos/en-pocas-palabras/>.

cualquier medida, condicionando toda la producción normativa.

II.3. Protocolo de Fortaleza (1996)

En este marco, en diciembre de 1996 el MERCOSUR sancionó su primer “Protocolo de Defensa de la Competencia”,⁴ también conocido como Protocolo de Fortaleza, que estableció las primeras bases y lineamientos para una política de defensa de la competencia común. Dicho protocolo partió de la necesidad de establecer directivas con el fin de orientar a los Estados Partes y a las empresas para “asegurar el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica”, como se expone en su preámbulo.

El ámbito de aplicación del Protocolo de Fortaleza establece la coexistencia entre el sistema regional de defensa de la competencia y los sistemas nacionales de los Estados Partes (artículo 1º). Según el artículo 2º, las normas “se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR, y que afecten al comercio entre los Estados Partes”. El artículo 3º se encarga de clarificar cualquier duda que pudiera surgir del anterior, indicando que “es de competencia exclusiva de cada Estado Parte la regulación de los actos practicados en su respectivo territorio (...) y cuyos efectos sobre la competencia se restrinjan a él”.

El artículo 4º del Protocolo establece que constituyen una infracción, y se encuentran prohibidos, todos los actos, individuales o concertados que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan un abuso de posición dominante en el ámbito del MERCOSUR o que afecten al comercio entre los Estados Partes.

Si bien las conductas anticompetitivas contempladas en el articulado reciben un tratamiento unificado, es posible sistematizarlas en tres categorías principales: i) acuerdos o prácticas concertadas que sean por objeto o efecto anticompetitivas; ii) abuso de posición dominante en el mercado; y iii) conductas unilaterales de naturaleza anticompetitiva, vinculadas a actos de competencia desleal o contrarios a la buena fe y a los usos honestos en las relaciones comerciales (Velasco San Pedro, 1998, pp. 20-21).

⁴ Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, 1996. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx.

El artículo 6º proporciona una lista ejemplificativa de prácticas anticompetitivas, entre las cuales destacan: fijación de precios o condiciones comerciales; coordinación para adoptar conductas comerciales uniformes; acuerdos que limiten la investigación, el desarrollo o el ingreso de nuevos competidores; pactos sobre precios y ventajas comerciales; prácticas discriminatorias; y acuerdos de exclusividad, entre otras.

En cuanto a los órganos de aplicación, esta se encomienda a la Comisión de Comercio del MERCOSUR y al Comité Técnico N. 5 de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (CT5),⁵ órgano intergubernamental integrado por los órganos nacionales de aplicación de cada Estado Parte.

El procedimiento de aplicación se basa en la cooperación entre autoridades nacionales de la competencia y el CT5, bajo la supervisión de la Comisión de Comercio. Se dispuso que las investigaciones por conductas anticompetitivas fueran conducidas por la autoridad nacional de la jurisdicción a la que correspondiera el domicilio del denunciado, mientras que las otras autoridades nacionales podrían cooperar con información, documentos y elementos esenciales, haciendo posible las investigaciones conjuntas. Asimismo, se estableció que el Comité pudiera imponer medidas preventivas sobre la parte infractora en casos de urgencia o de amenaza de daño irreparable a la competencia, pudiendo aplicar multas en caso de inobservancia a las mismas (artículo 13).

Además, el Comité podría establecer las pautas para la investigación a cargo del Estado Parte, debiendo divulgar informes periódicos sobre sus actividades (artículos 14 y 15). Una vez que la Parte requerida hubiera concluido su investigación, debería elevar al Comité un dictamen conclusivo, y a partir de ese, se deberán determinar por consenso las prácticas infractoras y las sanciones o medidas correspondientes, que serían aplicadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio se encontrara domiciliada la parte infractora (artículos 18-20).

Aunque el Protocolo de Fortaleza representó un avance significativo en materia de competencia en la región, ha sido objeto de múltiples críticas que motivaron su revisión y posteriores modificaciones. En términos generales, se trataba de una normativa que planteaba el establecimiento de una política de competencia integrada para el bloque económico, pero cuya aplicación se encontraba planteada de manera descentralizada en las distintas autoridades de competencia

5

Por Decisión CMC 59/00. Visitar: <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec5900s.asp>.

nacionales, sin que existiera una distribución de competencias entre las agencias, ni la armonización normativa previa entre las distintas leyes de competencia de los Estados Partes (Carrizo Adriz, 2005, pp. 16-17).

Finalmente, en el año 2010, en Foz de Iguazú, se firmó el Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, que derogó el Protocolo de Fortaleza, y es el que se encuentra en vigor actualmente.⁶

II.4. Acuerdo de Defensa de la Competencia del Mercosur (2010)

El Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR,⁷ firmado en Foz de Iguazú en diciembre del 2010, tiene diferencias significativas con su antecesor, el Protocolo de Fortaleza. En principio, cabe destacar que hay un progreso en torno a los objetivos del acuerdo. Así, el Protocolo tenía un fin más general –“promover la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR”–, mientras que el artículo 1º del Acuerdo plantea objetivos más detallados, a saber:

- a. Promover la cooperación y coordinación entre los Estados Partes en las actividades de aplicación de las leyes de la competencia nacionales dentro del MERCOSUR;
- b. Proveer asistencia mutua en cualquier cuestión relativa a la política de la competencia que se considere necesario;
- c. Asegurar un cuidadoso examen por los Estados Partes de sus intereses recíprocos relevantes, en la aplicación de sus leyes de competencia;
- d. Eliminar prácticas anticompetitivas a través de la aplicación de sus respectivas leyes de competencia.

A diferencia del Protocolo de Fortaleza, el acuerdo vigente centra sus objetivos en la cooperación y coordinación entre los Estados Partes, relegando la aplicación directa de la normativa de competencia a cada jurisdicción nacional. Esto se observa, por ejemplo, en la eliminación en el nuevo Acuerdo, del Capítulo V del Protocolo de Fortaleza, dedicado a los procedimientos de aplicación.

Con respecto a la armonización de ciertas definiciones relevantes, el artículo

⁶ Entrada en vigor del Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR. Visitar: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/entro-en-vigencia-acuerdo-de-defensa-de-la-competencia-del-mercrosur>

⁷ Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR. 2010. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

2º puntuiza las leyes de competencia de cada Estado Parte y las correspondientes autoridades de competencia dedicadas a su aplicación, a la vez que delinea algunos conceptos fundamentales para la efectividad del acuerdo, referidas a las normativas nacionales.

En efecto, establece que una práctica anticompetitiva es “cualquier conducta o acto definido en las leyes de competencia de un Estado Parte y que, a la luz de estas, esté sujeta a la imposición de sanciones”. Por su parte, entiende por concentración económica, “cualquier transacción económica o acto tal como se lo define en las leyes de competencia de los Estados Partes”. Finalmente, actividad de aplicación o ejecución es definida como “cualquier investigación o procedimiento llevado a cabo por las autoridades de la competencia de un Estado Parte, de conformidad con sus leyes de competencia respectivas”.

Como se ve reflejado en las definiciones y a lo largo del articulado, queda establecido que cada Estado Parte hará uso de su legislación para entender en la materia, lo que implica una diferencia con la ambigüedad jurisdiccional del Protocolo de Fortaleza. El artículo 3º establece que es competencia exclusiva de cada Estado Parte entender en el control de los actos cometidos en su territorio, o aquellos que hayan sido cometidos en otros Estados Partes y que produzcan o puedan producir efectos sobre la competencia. En el ámbito del MERCOSUR, el órgano competente en la materia es el Comité Técnico de Defensa de la Competencia, en el ámbito de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM), tal como surge del artículo 4º.

El funcionamiento del Comité se establece en el artículo 5º, que indica que los coordinadores nacionales serán los encargados de la interlocución entre el organismo regional y las diferentes autoridades de la competencia de los Estados Partes. Además, la Resolución GMC 26/01⁸ establece el Reglamento Interno de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, y ordena el funcionamiento de los Comités Técnicos, dentro de los cuales se encuentra el Comité Técnico N°5 de Defensa de la Competencia (CT5). Sobre éstos, dispone que deben reunirse con una frecuencia mínima de una vez por semestre, y que cada Estado Parte deberá enviar un Coordinador Nacional para su participación. Los proyectos de normas que pudieran surgir de los Comités Técnicos, una vez consensuados, deben ser elevados a la Comisión de Comercio para su tratamiento y al Grupo Mercado Común (GMC), si así fuera necesario.

⁸ Resolución GMC 26/01. Visitar: https://normas.mercosur.int/simfiles/normativas/75863_RES_020-2018_ES_Reglamento%20Intern%20CCM_Act.%201.pdf

En función del primer objetivo del acuerdo, en relación con la cooperación y coordinación de las actividades de aplicación de las leyes nacionales de competencia dentro del MERCOSUR, el Capítulo III presenta el procedimiento que deben seguir los Estados Partes para solicitar consultas con respecto a asuntos de competencia. En este sentido, se puede decir que el rol del CT5 es el de actuar como un ámbito de intercambio entre las autoridades de competencia de los Estados Partes y no tiene ningún poder vinculante o de coacción, lo que marca una diferencia significativa con respecto al Protocolo de Fortaleza.

Con respecto a las consultas entre las autoridades de competencia de los Estados Partes, el artículo 7º del acuerdo establece que éstas pueden ocurrir ante dos situaciones: cuando “un Estado Parte considere fundadamente que una investigación o procedimiento relacionado a una práctica anticompetitiva o concentración económica, llevada a cabo en la jurisdicción de otro Estado Parte, afecte a sus intereses”; o bien, cuando “un Estado Parte considere fundadamente que las prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas que sean o hayan sido llevadas a cabo por una o más personas naturales y/o jurídicas situadas en la jurisdicción de otro Estado Parte, afecten sustancial o adversamente los intereses de la primera Parte.”

Las consultas *inter pares*, se realizan por intermedio del CT5, que debe cursar las solicitudes entre los coordinadores nacionales. Sin perjuicio de que la parte consultada considere las opiniones manifestadas por la parte remitente, la primera conserva plena libertad de acción en virtud de las leyes de competencia de su jurisdicción. Asimismo, la parte remitente puede conducir, en su jurisdicción, actividades de aplicación relativas a las prácticas anticompetitivas o concentraciones económicas consultadas (artículos 8-12).

La coordinación de actividades de aplicación, representa otro objetivo importante del acuerdo. En lo que respecta a casos particulares, las autoridades de competencia nacionales pueden tener el interés de coordinar voluntariamente las medidas de aplicación bajo las leyes de competencia respectivas de cada jurisdicción, para evitar tomar medidas contradictorias, aunque ningún esfuerzo de coordinación impedirá que cada parte tome decisiones autónomas ulteriormente.

Asimismo, tal como lo prevé el artículo 15 del Acuerdo, en la determinación del alcance de la coordinación, las autoridades de aplicación podrían considerar: los resultados que podría producir la coordinación; la posibilidad de obtener información adicional; cualquier reducción de costas para las autoridades y los

agentes económicos involucrados; y los plazos aplicables en virtud de sus respectivas leyes de competencia.

El Capítulo V introduce las actividades de cooperación técnica e intercambio de información entre las autoridades de aplicación, que deben procurar intercambiar experiencias sobre sus derechos y políticas de competencia, así como evaluar el funcionamiento de los mecanismos de cooperación. Este punto es clave debido a que responde, por un lado, a la comprensión mutua, desarrollo y armonización de las legislaciones nacionales en la materia; y por otro, al apoyo *inter pares* en casos concretos de interés, en los que información, datos, experiencia y estudios de mercado de una parte pueden contribuir a la otra, y viceversa (artículos 16-19).

Resumidamente, se puede decir que el Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR funciona bajo un esquema en el cual la aplicación de las leyes de competencia sigue siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado Parte. Esto significa que cada país investiga y sanciona prácticas anticompetitivas conforme a su propio marco normativo interno, sin intervención directa de una autoridad supranacional del bloque.

En la práctica, cuando una presunta conducta anticompetitiva o una operación de concentración económica genera efectos en más de un país del MERCOSUR, cada autoridad nacional analiza la situación de forma independiente, aplicando sus respectivas leyes nacionales de competencia. El Acuerdo de 2010 prevé mecanismos de consulta y cooperación, pero no impone decisiones obligatorias ni crea un tribunal regional. Las actividades de coordinación y cooperación, se realizan fundamentalmente a través del CT5, que actúa como órgano de enlace dentro de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

A través del CT5, los Estados Partes pueden intercambiar información técnica, solicitar consultas o notificar investigaciones en curso que puedan tener efectos en otros mercados del bloque. Sin embargo, estos intercambios son voluntarios y dependen de la disposición de cada Estado, dado que el Acuerdo no establece sanciones en caso de falta de cooperación.

II.5. Algunas diferencias observadas entre el Protocolo de Fortaleza y el Acuerdo de Defensa de la Competencia

El Protocolo de Fortaleza, si bien fue sancionado en 1996, nunca entró en vigencia por falta de ratificación de la totalidad de los Estados Partes, mientras que, el Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, firmado en 2010, fue

implementado a lo largo de los años subsiguientes, entrando en vigor plenamente en 2024 con la ratificación de la República del Paraguay.

Para comprender las principales diferencias entre el Protocolo de Fortaleza y el actual Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, es pertinente comenzar analizando los objetivos que cada instrumento perseguía. En primer lugar, se debe considerar que en el momento en el que se acordó el Protocolo, dos de los países firmantes —la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay— aún no contaban con normativas ni autoridades específicas en la materia. En este contexto, y considerando las potenciales vulnerabilidades que implicaba la creación de una unión aduanera en términos de competencia, se planteó el objetivo de suplir esas carencias y garantizar condiciones de igual competencia en las relaciones comerciales intrazona, creando un marco normativo para la defensa de la competencia en el bloque. El acuerdo vigente, en cambio, prioriza los objetivos de cooperación, coordinación y asistencia mutua en la materia, relegando las tareas de *enforcement* a las autoridades de competencia de cada jurisdicción

En segundo lugar, en torno a las medidas de aplicación y sus protocolos, el Protocolo de Fortaleza proponía la convergencia hacia un proyecto supranacional, con la expectativa de tener facultades jurisdiccionales, dirigiendo investigaciones y determinando sanciones extraterritoriales. En contraste, el acuerdo de 2010 adopta un modelo intergubernamental puro, que no traspasa la soberanía nacional de manera alguna y sostiene su accionar sobre los principios de cooperación y coordinación mediante el CT5, sin acciones vinculantes.

En este sentido, la UNCTAD (2005), dentro de la clasificación de los mecanismos de cooperación en acuerdos regionales de comercio, ubica al Protocolo de Fortaleza del MERCOSUR en el mecanismo de *top-down convergence* (convergencia de arriba a abajo), manteniendo el foco en las leyes y autoridades nacionales, con el objetivo de que la institución regional opere con capacidad de asistencia, estableciendo una definición común para el área en su conjunto e identificando las prácticas anticompetitivas con una “dimensión Mercosur” (UNCTAD, 2005, p. 158).

El citado documento también señala la expectativa de que por la propia naturaleza del bloque y por los objetivos del Protocolo, la autoridad regional avanzara hacia una evolución de tipo supranacional para abordar de forma efectiva las prácticas anticompetitivas transfronterizas que los miembros no pudieran resolver de otra manera. La adopción posterior del acuerdo del 2010, en cambio, estableció la cooperación voluntaria entre las autoridades de competencia como

mecanismo para aplicar todo el rango de actuaciones que una o más jurisdicciones puedan coordinar.

En tercer lugar, sobre la resolución de los conflictos que pudieran surgir en el ámbito de la competencia a nivel regional, el Protocolo de Fortaleza estableció un mecanismo escalonado con posibilidad de llegar al sistema de solución de controversias del Protocolo de Brasilia.⁹ El acuerdo firmado en Foz de Iguazú, en cambio, determina que, si los conflictos no se resuelven en el marco del CT5, pueden ser elevados a la CCM para su solución.

Finalmente, en relación con las actividades de coordinación y cooperación, si bien estas se encontraban contempladas en el Protocolo de 1996, en el acuerdo de 2010 cobran mayor preponderancia, al especificarse fases de realización, plazos, medios tecnológicos, requisitos de confidencialidad, entre otros aspectos.

III. CONCLUSIÓN

La defensa de la competencia constituye un pilar fundamental para el desarrollo de cualquier proceso de integración regional que busque garantizar mercados abiertos, dinámicos y equitativos. La importancia que reviste esta temática se puede observar en el simple hecho de que no existe proceso de integración que no contenga algún tipo de normativa relativa a la competencia.

En el MERCOSUR, a lo largo de su evolución, desde el Protocolo de Fortaleza hasta el vigente Acuerdo de Defensa de la Competencia, se refleja una transición desde un enfoque inicial de supranacionalidad hacia un modelo de cooperación intergubernamental más realista y acorde con las limitaciones naturales del bloque. Si bien para algunos, el nuevo acuerdo de 2010 podría representar un retroceso en términos de integración, introduce mecanismos de cooperación práctica que contribuyen a preservar los objetivos originales. De este modo, avances concretos en la lucha contra las prácticas anticompetitivas en el marco del MERCOSUR, quedan supeditados a verdaderos esfuerzos de cooperación entre autoridades nacionales, y/o a la evolución en el nivel de integración económica y política del bloque.

En el horizonte se encuentran otros regímenes de integración regional que han logrado instaurar normas y autoridades de tipo supranacional que entienden y deciden sobre prácticas anticompetitivas transfronterizas que afectan al mercado

⁹ El Protocolo de Brasilia, suscrito en 1991, establece un mecanismo para la solución de controversias dentro del Mercosur, buscando resolver conflictos entre los estados miembros a través de negociaciones directas y, en caso de no acuerdo, tribunales arbitrales *ad hoc*.

común, dotando de efectividad sus actuaciones.

En Latinoamérica, se puede considerar, en este sentido, la Comunidad Andina (CAN), que nació tras la firma del Acuerdo de Cartagena en 1969 entre Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia y Perú, y dio inicio una unión aduanera con el objetivo de fortalecer la posición conjunta en la esfera del comercio internacional de los países integrantes. La CAN a través de su Decisión 608, estableció un régimen comunitario en materia de defensa de la competencia, que cuenta con autoridades supranacionales para su aplicación, como el órgano de investigación y sanción –Secretaría General (SGCAN)–, el órgano de control judicial de las decisiones –Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA)– y el órgano legislativo –Parlamento Andino (PA). La normativa contempla que la intervención de estas autoridades de aplicación comunitarias se encuentre supeditada únicamente a las conductas multi-jurisdiccionales que tengan *efectos reales* sobre el Mercado Andino.

Por fuera de Latinoamérica, otros procesos de integración más avanzados como la Unión Europea, sirven como parámetros sobre el establecimiento de una normativa de competencia comunitaria, la creación de una autoridad de aplicación supranacional, y de un tribunal judicial de alcance multi-jurisdiccional.

De todas maneras, todo proceso de integración regional reconoce la importancia de fomentar espacios de diálogo e intercambio de experiencias y avances legislativos en la materia para promover mercados cada vez más competitivos en la región y para avanzar simultáneamente en ese camino.

En la actualidad, en plena vigencia del Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, la cooperación entre las autoridades de competencia a través del CT5 representa un pilar fundamental para el fortalecimiento de la política de competencia en la región. Esta colaboración ha permitido y permite en el presente intercambiar buenas prácticas, capacitar a funcionarios, y coordinar esfuerzos en investigaciones de conductas anticompetitivas transfronterizas. Gracias al trabajo conjunto del CT5, los países miembros del MERCOSUR avanzan hacia una integración económica más sólida, donde la defensa de la competencia se consolida como una herramienta clave para el desarrollo de la región.

RESEÑA BIOGRÁFICA

Eduardo Montamat

Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), donde anteriormente se desempeñó como Jefe de Abogados (1999-2003) y Vocal

(2024-2025). Es Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Es Profesor Titular en Economía y Finanzas en la Universidad Nacional de Córdoba y en la Universidad Nacional de Chilecito.

REFERENCIAS

Acuerdo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, 2010. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

Bernal Meza, R. (2021). *Treinta años del MERCOSUR y el dilema de Alicia*. Institución de Integración Latinoamericana. ISSN 1850-6453. Visitar: https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/159343/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Carrizo Adriz, G. (2005). El desarrollo del derecho de la competencia en el Mercosur. *Revista Latinoamericana de Derecho* (Año II, Núm. 3), 1-18. Visitar: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1159001>

Mejía Orozco, L.M., y Castrejón Lozano, J.M. (2007). Sistemas de integración regional: el Mercosur. *InterNaciones* (Año 7, núm. 19), 375-412. Visitar: https://www.researchgate.net/publication/342597079_El_Sistemas_de_integracion Regional_el_Mercosur

Miranda Lodoño, A. (2019). *El Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina de Naciones*, Centro de Estudios de Defensa de la Competencia (CEDEC). Visitar: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9218541>

OCDE. (2018). *Regional Competition Agreements: Benefits and Challenges*. Visitar: https://www.oecd.org/en/publications/regional-competition-agreements-benefits-and-challenges_5cc07b1e-en.html

Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, 1996. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

Protocolo de Ouro Preto. 1994. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

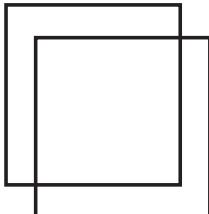
Ruiz Diaz Labrano, R. (2014). *El Mercosur y su sistema de solución de controversias*. 169-213. Visitar: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014_Roberto_Ruiz_Diaz_Labrano.pdf

Tratado de Constitución de un Mercado Común (Tratado de Asunción). 1991. Visitar: https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx

Mathis, J.H. (2005). *Competition Cooperation In Regional Integration Agreements, A Sacu Example*, U.N. Conference on Trade and Development (UNCTAD), pp.151-169. Visitar: https://unctad.org/system/files/official-document/ditctncd20047ch12_en.pdf

UNCTAD, 2005, pp. 156-158. Visitar: https://unctad.org/system/files/official-document/ditctnecd20047ch12_en.pdf

Velasco San Pedro, L.A. (1998). La defensa de la competencia en la Unión Europea y en MERCOSUR. *Revista de Estudios Europeos* (Nº18), 13-23. Visitar: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5302941>



Novedades sobre estudios de regulaciones que restringen la competencia en los mercados: el rol de las recomendaciones pro-competitivas

Atualização sobre revisões regulatórias que restringem a concorrência nos mercados: o papel das recomendações pró-competitivas

Germán Zamorano

RESUMEN

El presente artículo analiza cómo las recomendaciones pro-competitivas contribuyen a la labor de promoción que desarrolla la autoridad argentina, en el marco de la aplicación de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia. Para ello, se comentan dos recomendaciones elaboradas a lo largo del primer semestre de 2025 por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia: la recomendación emitida sobre la regulación del mercado de vacunas contra la fiebre aftosa y la referida a dos normativas de la provincia de Buenos Aires que restringen la competencia en el servicio de pago de haberes de empleados públicos.

Palabras clave: Promoción de la Competencia – Recomendaciones pro-competitivas – Regulación – Barreras a la entrada

RESUMO

Este artigo analisa de que forma as recomendações pró-competitivas contribuem para o trabalho de promoção desenvolvido pela autoridade antitruste argentina, no âmbito da aplicação da Lei 27.442 de Defesa da Concorrência. Para tanto, são discutidas duas recomendações formuladas no primeiro semestre de 2025 pela Comissão Nacional de Defesa da Concorrência: a primeira, referente à regulação do mercado de vacinas contra a febre aftosa; e a segunda, relativa a duas normativas editadas pela província de Buenos Aires que impõem restrições à concorrência no serviço de pagamento de salários de funcionários públicos.

Palavras-chave: Promoção da concorrência; Recomendações pró-competitivas; Regulação; Barreiras à entrada

I. INTRODUCCIÓN

La autoridad de aplicación de la Ley 27.442 de Defensa de la Competencia (LDC) –que hasta tanto se constituya la Autoridad Nacional de Competencia es la Secretaría de Industria y Comercio con el asesoramiento técnico de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) – tiene por misión proteger y promover la competencia en los mercados, con el fin de resguardar el interés económico general, bien jurídico tutelado por dicha legislación. Para cumplir este mandato, su labor va más allá de investigar y sancionar conductas anticompetitivas o controlar fusiones y adquisiciones: también ejerce una función de promoción orientada a anticipar y prevenir problemas de competencia en los distintos mercados del país.

Dentro de esta labor preventiva, la CNDC emite recomendaciones pro-competitivas; evaluaciones técnicas que señalan riesgos de restricción de competencia en marcos regulatorios vigentes o proyectados y proponen mejoras para mantener la rivalidad entre empresas, reducir barreras de entrada y proteger a los consumidores.

Esta facultad se sustenta en el artículo 28, incisos h) e i), de la LDC, que autorizan al organismo a emitir opiniones no vinculantes sobre leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos cuando lo considere pertinente, así como también a emitir recomendaciones pro-competitivas de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados, respectivamente.

A continuación, se presentan dos ejemplos que muestran el alcance práctico de estas herramientas: la recomendación emitida sobre la regulación del mercado de vacunas contra la fiebre aftosa y la referida a dos normativas de la provincia de Buenos Aires que restringen la competencia en el servicio de pago de haberes de empleados públicos. Ambos casos ilustran cómo, la política de competencia, en su misión de promoción de mercados menos restrictivos, puede colaborar en el desarrollo de regulaciones más claras, con mayor transparencia y condiciones de mercado más favorables para todos los agentes involucrados

II. LAS RECOMENDACIONES FORMULADAS POR LA CNDC COMO HERRAMIENTA DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

Las recomendaciones pro-competitivas son sugerencias, directrices o medidas propuestas para fomentar y proteger la competencia en los mercados, eliminando o flexibilizando barreras para la entrada a los mercados, previniendo prácticas anticompetitivas y promoviendo un entorno en el que las empresas puedan competir de manera justa y eficiente. Pueden abarcar cambios regulatorios, legales, institucionales o administrativos.

Promover la competencia en los mercados y reducir las restricciones para el ingreso de nuevas empresas permite la existencia de más oferentes, menores precios, mejoras en la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, al mismo tiempo que fomentan la innovación de productos y procesos. Al mismo tiempo, permite la eliminación de trabas regulatorias o legales que protegen mercados con poco oferentes o prácticas ineficientes, y fortalecen la transparencia del mercado, disminuyendo la posibilidad de acuerdos colusorios o prácticas anticompetitivas.

El marco normativo que concede la LDC faculta a la autoridad de aplicación para emitir recomendaciones pro-competitivas como resultado de investigaciones de mercado sectoriales, o bien, como corolario de investigaciones por presuntas conductas anticompetitivas (artículo 28, inciso i). Asimismo, la autoridad puede emitir opiniones sobre leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos en la materia específica de la libre competencia (artículo 28, inciso h).

II.1. Recomendación en el mercado de vacunas para la aftosa

La fiebre aftosa es una enfermedad animal que afecta gravemente la producción de ganado, y tiene particular importancia en los flujos comerciales regionales e internacionales de animales y productos de origen animal. Ante esta enfermedad y la importancia de la producción de ganado en Argentina, la vacunación de los animales es crucial para prevenir brotes y proteger la producción ganadera, minimizando pérdidas económicas y facilitando su comercio internacional.

La CNDC realizó en 2025 una recomendación pro-competitiva dirigida al mercado de vacunas contra la fiebre aftosa que surgió como consecuencia de lo hallado en el marco de una investigación por presuntas conductas anticompetitivas en dicho mercado.

La investigación de la CNDC sobre el mercado de vacunas contra la fiebre aftosa comenzó con dos denuncias realizadas en 2024. En julio de ese año, la empresa Tecnovax S.A., un laboratorio argentino que estaba intentando expandir su cartera de productos veterinarios, presentó un escrito en el que describía un mercado signado por barreras regulatorias y presuntas prácticas coordinadas entre los pocos oferentes habilitados.

En octubre, la Sociedad Rural del Sur de Salta presentó un reclamo que coincidía con la descripción realizada por la firma Tecnovax y añadía el impacto que el esquema vigente tenía sobre los productores ganaderos: precios altos, poca disponibilidad de dosis de vacunas y escaso margen para negociar servicios de vacunación. Ambos denunciantes solicitaron, además, que la CNDC utilizara su facultad de promoción para recomendar al Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agroalimentaria (SENASA) un ajuste profundo de la regulación, con el objetivo de

eliminar las barreras regulatorias del mercado.

En el desarrollo de la investigación -que aún sigue su curso- la CNDC verificó que apenas dos laboratorios estaban autorizados a comercializar vacunas contra la fiebre aftosa en la Argentina, lo que sustentaba una concentración significativa para un insumo sanitario de interés público. En este sentido, se detectaron tres grandes ejes normativos que, en conjunto, explicaban buena parte de las barreras a la entrada en dicho mercado.

De las exigencias normativas, la más onerosa era la prueba de Protección a la Generalización Podal (PGP) como requisito para registrar o importar una nueva vacuna. La PGP es un test directo, complejo y costoso, que implica inocular animales y luego exponerlos al virus para medir la protección real.

La segunda exigencia regulatoria era la política de reconocimiento de equivalencias internacionales. El SENASA contaba con un listado de países de alta exigencia cuyos certificados de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM) eran admitidos sin grandes trámites, pero la nómina excluía a países vecinos como la República Oriental del Uruguay, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y el Estado Plurinacional de Bolivia, que poseen programas sanitarios similares a los de la República Argentina y han sido clasificados por organismos internacionales como zonas libres de aftosa con o sin vacunación. El resultado era paradójico: un laboratorio uruguayo debía atravesar más pasos burocráticos que uno radicado en Bélgica o Suiza, pese a que los estándares sanitarios y epidemiológicos del primero eran perfectamente comparables con los argentinos. La CNDC determinó que esa selectividad vulneraba el principio de trato no discriminatorio recogido en el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio, al que la Argentina adhiere desde 1995.

El tercer paquete de requisitos se centraba en la Resolución N° 108 del 16 de febrero de 2001 de la ex Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación del Ministerio de Economía, que imponía restricciones para que los entes sanitarios encargados de la distribución e inoculación de las vacunas contra la fiebre aftosa pudieran competir entre sí, limitando el ámbito geográfico de actuación y estableciendo requisitos restrictivos para su constitución, tales como ser persona jurídica sin fines de lucro, excluyendo a veterinarios matriculados y a otro tipo de sociedades.

De acuerdo a lo analizado por la CNDC, estas exigencias regulatorias operaban como barreras a la entrada al mercado, limitando innecesariamente el número de prestadores del servicio de vacunación, reduciendo la capacidad de elección de los productores ganaderos, y contribuyendo a mantener precios y aranceles más elevados de lo que resultaría en un entorno más competitivo.

Tras cotejar esos elementos con experiencias regulatorias de otros países, la CNDC concluyó que existe evidencia científica y experiencia internacional que respalda la adopción de procedimientos menos restrictivos para garantizar la seguridad y eficacia de las vacunas contra la fiebre aftosa, tal como se demuestra en los estudios publicados por el Centro Panamericano de Fiebre Aftosa (PANAFTOSA) en su documento técnico “Correlación entre pruebas serológicas y challenge directo para evaluación de vacunas antiaftosadas” (Serie de Manuales Técnicos N° 14, 1994), donde se estableció una relación funcional entre las pruebas indirectas y el método PGP.

El método ELISA-competición en fase líquida (CFL) o método ELISA-CFL – una prueba indirecta, in vitro, para la cual se ha establecido la correlación con la respuesta en prueba de PGP para algunas cepas vacunales prototipo de América del Sur–ya aceptado por el propio SENASA para el control de lotes comerciales y utilizado en otros países de la región desde el año 1995, ofrecía ventajas significativas en términos de bienestar animal y eficiencia, según consta en el “Manual de Procedimientos para el Control de Calidad de Vacunas contra la Fiebre Aftosa” de PANAFTOSA (2ª edición, 2000) y en el “Manual de las Pruebas de Diagnóstico y de las Vacunas” de la Organización Mundial de Sanidad Animal (OMSA, 2023, Capítulo 3.1.8).

Con ese diagnóstico, el 7 de mayo de 2025, la CNDC emitió un dictamen aconsejando a la Secretaría de Industria y Comercio para que, a su vez, recomendara al SENASA y a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca (SAGyP) una reforma integral. Las sugerencias pueden agruparse en tres ejes.

El primero, revisar la exigencia de la PGP para el registro de vacunas contra la fiebre aftosa y permitir métodos indirectos validados, lo que recortaría tiempos y abarataría la aprobación de nuevos productos sin comprometer la eficacia.

El segundo, considerar la posibilidad de reconocimiento de equivalencia para otorgar la autorización para elaborar e importar la vacuna contra la fiebre aftosa de países elaboradores de vacunas con alta eficacia comprobada, tal como lo autoriza la Resolución N° 694 de fecha 26 de junio de 2024 del SENASA respecto de sustancias activas fitosanitarias, y expandir el reconocimiento de equivalencias para certificados de buenas prácticas manufactureras otorgados por países con programas sanitarios robustos o con trámites y requisitos similares a los nacionales en relación a la elaboración de vacunas contra la fiebre aftosa.

El tercero, modificar la normativa vigente en relación al funcionamiento de los entes sanitarios. En particular, se recomendó: i) revisar los requisitos para la inscripción en el Registro de Entes Sanitarios, a efectos de ampliar el universo de posibles inscriptos; ii) permitir la coexistencia de más de una fundación o

ente sanitario o proveedor veterinario en un mismo partido, departamento o área geográfica definida, sin condicionar la elección por parte del productor; iii) permitir al productor elegir libremente su proveedor para ejecutar las políticas sanitarias requeridas; iv) eliminar las restricciones de actuación geográfica, para ampliar la posibilidad de elección de productores; v) permitir la libre fijación de los aranceles que perciban los Entes Sanitarios por la prestación de servicios específicos acordados con terceros en el marco de programas o planes aprobados por el SENASA.

El efecto esperado de estas medidas se traduciría en un doble beneficio. Por un lado, favorecerían la entrada de nuevos laboratorios, tanto locales como internacionales, que ampliarían la oferta de vacunas, diversificarían las tecnologías disponibles y presionarían a la baja los precios. Por otro, aumentarían la competencia en la fase de distribución e inoculación, estimulando mejoras logísticas y un servicio más cercano a las necesidades del productor. En última instancia, el mayor beneficiario sería el propio sistema sanitario, ya que, con más proveedores y costos menores, el plan de erradicación de la aftosa aumentaría su cobertura para responder a eventuales brotes.

La reacción institucional no demoró en manifestarse. Al poco tiempo de emitirse la recomendación pro-competitiva elaborada por la CNDC, el SENASA publicó la Resolución 333/2025, que amplió el listado de países con equivalencia automática para importaciones de productos veterinarios.

Las ventajas de la recomendación pro-competitiva alcanzan a varios actores relevantes del mercado, en especial a los productores ganaderos, para quienes la competencia se traduce en mejores condiciones de precios y una variedad más amplia de soluciones sanitarias. En síntesis, la intervención de la CNDC en el mercado de vacunas contra la fiebre aftosa muestra cómo una recomendación pro-competitiva puede revelar obstáculos que no son evidentes para el regulador sectorial y desencadenar cambios con efectos directos sobre la salud animal, la eficiencia productiva y la competitividad de los productores.

II.2. Recomendación para restablecer la competencia en la oferta de servicios de pago de haberes de trabajadores municipales de la provincia de Buenos Aires

A inicios de 2025, la CNDC emitió una recomendación pro-competitiva sugiriendo revisar dos normativas de la provincia de Buenos Aires que impiden el pago de haberes de los trabajadores de la provincia a través de otras entidades bancarias que no sean el Banco de la Provincia de Buenos Aires (BAPRO). Dicha recomendación se originó como consecuencia de una solicitud de una opinión en materia de libre competencia sobre dichas normativas-en los términos del artículo 28, inciso h) de la LDC - presentada ante la CNDC.

En efecto, el 29 de noviembre de 2024, el intendente del municipio de Tres de Febrero de la Provincia de Buenos Aires solicitó a la CNDC el análisis de dos leyes provinciales, la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires y la Ley 14.881, de manera de evaluar si estas generaban un perjuicio a la competencia. Tanto el artículo 7 de la Carta Orgánica del BAPRO, como el artículo 1 de la Ley 14.881 disponen que los municipios de la Provincia de Buenos Aires, otros organismos e instituciones públicas provinciales y los establecimientos educativos privados subvencionados, deben pagar los sueldos de su personal exclusivamente a través del BAPRO. En la práctica, la regla impide a cada municipio elegir libremente su banco y excluye a cualquier otra entidad financiera que desee ofrecer el servicio.

El punto de partida del análisis de la CNDC fue el principio de neutralidad competitiva: todas las empresas, públicas o privadas, deberían competir en igualdad de condiciones, sin ventajas ni obstáculos creados por el Estado. Cuando esa neutralidad se altera, por ejemplo, reservando por ley un segmento de la demanda a un solo proveedor, los consumidores pueden verse perjudicados con precios más altos una variedad de bienes y servicios limitada, una menor calidad de los productos y escasa innovación.

II.2.1. Neutralidad competitiva: lineamientos y recomendaciones de la OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), elaboró en 2012 un documento titulado “Neutralidad competitiva. Mantener condiciones equitativas entre las empresas públicas y privadas”,¹ en el cual se abordan los desafíos que enfrentan los Estados para garantizar la neutralidad competitiva cuando entidades públicas y privadas compiten en el mismo mercado.

El documento afirma que la neutralidad competitiva es un principio fundamental del derecho y la política de competencia, a la que define como una situación que se configura “... cuando *ninguna entidad que opera en un mercado económico está sujeta a indebidas ventajas o desventajas competitivas.*”² Las empresas deben competir en función de sus méritos y no beneficiarse de ventajas indebidas, como tratamientos fiscales diferenciados, subsidios directos, exenciones de la aplicación de leyes de competencia, entre otras, que pueden ser otorgadas por el Estado.

La OCDE señala que los argumentos para procurar un entorno jurídico-administrativo competitivamente neutral son tanto económicos como políticos.

¹ OCDE (2012), “Competitive neutrality. Maintaining a level playing field between public and private business”.

² Ver OCDE (2012), *op. cit.* La traducción es propia.

El argumento económico se relaciona con la eficiencia asignativa de la economía: cuando los agentes económicos enfrentan desventajas indebidas, los bienes y servicios dejan de ser producidos por quienes pueden hacerlo de manera más eficiente, lo que tiene efectos sobre su calidad y su precio. La razón política se vincula con el rol de los gobiernos como reguladores universales, encargados de garantizar la competencia y de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público.

En este marco existen diferentes ejes para que los Estados analicen la presencia de factores que alteren o distorsionen la neutralidad competitiva en los mercados y su consecuente afectación a la competencia, a los que OCDE denomina “Pilares de Neutralidad Competitiva”.

Algunos de los más comunes son la capacidad de deuda y financiamiento de los competidores públicos y privados, la existencia de diferentes impuestos según el tipo de empresa, marcos regulatorios asimétricos entre competidores, necesidad de tasas de retorno consistentes con el mercado para que las empresas públicas no incurran en precios predatorios, la contabilidad transparente para obligaciones de servicio público con el objetivo de estudiar la presencia de subsidios cruzados entre mercados competitivos y no competitivos, las compras públicas, entre otros.

Para cada uno de los casos mencionados se derivan propuestas de política pública que tienen como principio rector la conformación de mercados con ausencia de ventajas indebidas. En otras palabras, lo que se busca es impedir que una empresa de un sector en particular se encuentre en condiciones ventajosas frente a sus competidores debido a, por ejemplo, cuerpos normativos que la favorezcan.

El documento titulado “La promoción de la neutralidad competitiva por las autoridades de competencia”³ también enumera algunas de las distorsiones más frecuentes observadas en torno al concepto de neutralidad competitiva e indica formas específicas en las cuales puede verse afectada. Una de ellas, por ejemplo, es que la normativa de defensa de la competencia no alcance de manera equitativa a todos los agentes económicos, distinguiendo entre públicos o privados.

Otras dos formas específicas de distorsiones frecuentes de la neutralidad competitiva que señala el documento, y que son de interés para el análisis del caso, son el marco regulatorio y las compras públicas.

Con relación al marco regulatorio, se advierte que la afectación puede tener origen tanto en su contenido como en su aplicación. En el primer caso puede que algunas empresas estén sujetas a marcos regulatorios diferentes; en el segundo,

³ OECD (2021), “The promotion of competitive neutrality by competition authorities”, OECD Global Forum on Competition Discussion Paper.

ciertas empresas pueden estar exentas de disposiciones específicas mediante exclusiones o discrecionalidad del tomador de decisiones, lo que puede resultar en que algunos actores del mercado tengan acceso preferencial o condiciones especiales para operar.

En particular, el documento aclara que las leyes y regulaciones sectoriales pueden distorsionar la neutralidad competitiva en un mercado específico mediante la aplicación selectiva de regímenes de licencias, requisitos de informes, otros requisitos operativos y regulación de precios. Además, pueden generar conflictos de interés y otorgar derechos exclusivos o especiales a ciertas empresas.

OCDE recomienda que las empresas competidoras estén sujetas a reglas equivalentes, independientemente de su propiedad, ubicación o forma jurídica y que la aplicación de dichas reglas sea no-discriminatoria.

Respecto a la contratación pública, entendida como la compra de bienes, servicios y obras por parte de entidades públicas, la competencia es una dimensión relevante ya que, licitaciones más competitivas ayudan a lograr una mejor relación calidad-precio, con el ulterior beneficio para las entidades públicas, sus contribuyentes, para el público específico que se beneficia de esa licitación y, en definitiva, para el interés económico general.

Las distorsiones a la neutralidad competitiva en las compras públicas pueden ocurrir tanto en el marco legal como en los procedimientos de licitación. La recomendación de neutralidad competitiva de la OCDE promueve el establecimiento de condiciones de competencia abiertas, justas, no discriminatorias y transparentes en los procesos de contratación pública, asegurando que ninguna empresa, independientemente de su propiedad, nacionalidad o forma jurídica, reciba ventajas indebidas.

En definitiva, los documentos de la OCDE ofrecen una orientación a los responsables de formular políticas para asegurar que la presencia de las empresas estatales en el mercado, o la implementación de ciertas regulaciones, no obstaculicen el emprendimiento, distorsionen la competencia, ni generen otras ineficiencias que, en definitiva, tengan la potencialidad de afectar el interés económico general.

II.2.2. Aplicación del principio de neutralidad competitiva en la recomendación elaborada por la CNDC

La legislación argentina en materia de competencia aborda apropiadamente la neutralidad competitiva. En efecto, el artículo 4º de la LDC establece que sus disposiciones alcanzan a todas las personas humanas o jurídicas de naturaleza pública o privada, con o sin fines de lucro, que realicen actividades económicas en todo o parte del territorio nacional, y aquellas que realicen actividades económicas

fuerza del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

La claridad de la LDC permite concluir que la actividad económica del Estado, en todos sus niveles, debe llevarse a cabo en igualdad de condiciones con la actividad empresarial privada, desde el punto de vista del derecho de la competencia. Asimismo, tanto las empresas nacionales como extranjeras están sujetas a los requisitos de la LDC en igualdad de condiciones, sin perjuicio de la validez, en ciertos períodos, de márgenes razonables de preferencia en el ámbito de las contrataciones públicas, con fines promocionales, aceptados internacionalmente.

Es decir, el artículo 4º de la LDC no solo determina un nexo adecuado con la jurisdicción, sino que también consagra la garantía de no discriminación subjetiva basada en la nacionalidad, el lugar de establecimiento y/o la propiedad o control de una empresa, garantizando la neutralidad competitiva en el ámbito circunscrito de su aplicación.

Asimismo, a fin de garantizar el principio de neutralidad competitiva, a nivel nacional, Argentina estableció en el artículo 50 del Decreto PEN 70/2023 que las empresas en las que el Estado nacional es parte accionista no podrán gozar de ninguna prerrogativa de derecho público ni podrán disponer ventajas en la contratación o en la compra de bienes y servicios, ni priorizar u otorgar beneficios de ningún tipo, alcance o carácter en ninguna relación jurídica en la que intervenga.

El principio mencionado fue también la base para el dictado del Decreto PEN 747/2024, que eliminó diversas disposiciones específicas que contenían determinadas prerrogativas de derecho público a favor de empresas donde el Estado nacional era accionista.

En el caso particular planteado, la CNDC evaluó que las legislaciones provinciales puestas a consideración plantean un tratamiento desfavorable de las distintas entidades bancarias autorizadas por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) para operar en el país, en lo que respecta a la prestación del servicio de pago de haberes, lo que redunda en beneficios exclusivos para un banco en particular —el BAPRO. El mecanismo por el cual se efectiviza este beneficio indebido es a través de una obligación de contratación sobre la demanda (los municipios y demás entidades provinciales) que impide el establecimiento de un sistema de compras públicas que sea pro-competitivo. Este impedimento genera, por lo tanto, que el resto de las entidades financieras, tanto públicas como privadas, se vean imposibilitadas de ofrecer sus servicios de gestión de nómina y pago de sueldos a una porción de la demanda de la provincia.

De esta forma, se identificaron tres efectos principales. En primer lugar, la obligación legal convierte al BAPRO en el proveedor exclusivo de un mercado cautivo: más de cien municipios y miles de empleados que no pueden comparar ni negociar alternativas. En segundo lugar, impide a los demás bancos competir por las cuentas sueldo, un negocio altamente disputado, ya que permite atraer clientes y facilita la venta de otros productos como créditos, tarjetas y seguros. Para ello, las entidades suelen ofrecer distintos beneficios a quienes perciben allí sus haberes, tales como tarjetas de crédito bonificadas, créditos con tasas de interés preferenciales, seguros a menor costo, adelantos de haberes, programas de millas, promociones y descuentos para compras realizadas con medios de pago del banco, entre otros. En tercer lugar, al eliminar la presión competitiva, la norma reduce los incentivos del BAPRO para mejorar su servicio o reducir costos, lo que podría traducirse en mayores comisiones para las arcas municipales y, en última instancia, para los contribuyentes.

En este sentido, la CNDC planteó que la exclusividad que posee el BAPRO, sumada a la imposibilidad de realizar una licitación conforme a las mejores prácticas de competencia para la gestión de nómina y pago de haberes, otorga al banco una ventaja irrazonable sobre las demás entidades, limitando la posibilidad de ofrecer mejores condiciones para la entidad contratante y los empleados, con un impacto negativo en el interés económico general.

La CNDC concluyó que la exclusividad viola el principio de neutralidad competitiva y contradice el propio espíritu de la LDC, que exige trato igualitario para empresas públicas y privadas cuando actúan en el mercado. Por ello recomendó suprimir de la Carta Orgánica del banco la cláusula que obliga a los municipios, otros organismos e instituciones públicas provinciales y los establecimientos educativos privados subvencionados a operar con el BAPRO y modificar la Ley 14.881 en el mismo sentido.

Si se adoptara esta recomendación pro-competitiva, incorporándose otros procesos de contratación como licitaciones abiertas y transparentes, donde cualquier banco autorizado por el BCRA pueda competir sobre la base de tasas, comisiones, calidad de servicio y cobertura tecnológica, los municipios ganarían poder de negociación y podrían seleccionar al oferente que les garantice menores costos y mejores prestaciones; los empleados, por su parte, accederían a beneficios adicionales como tarjetas sin cargo, préstamos más baratos y promociones. A su vez, los bancos, incluido el propio BAPRO, tendrían incentivos para innovar y mejorar su propuesta, reforzando el círculo virtuoso que caracteriza a los mercados abiertos: más opciones, menores precios y servicios de mayor calidad.

De este modo, la recomendación ilustra el valor de las funciones de promoción de la competencia de la CNDC. Con una opinión no vinculante, pero bien fundada, el organismo busca corregir un privilegio normativo que limita la elección de proveedores de servicios de cobro de haberes, recordando que la competencia es una de las mejores herramientas para maximizar el bienestar colectivo.

III. COMENTARIOS FINALES

Los casos presentados muestran que la promoción de la competencia no es un ejercicio abstracto, sino una herramienta concreta para mejorar el funcionamiento de los mercados y facilitar que productores, consumidores y el propio sector público accedan a mejores condiciones de precio, calidad y variedad. Mediante recomendaciones técnicas fundadas, la CNDC puede identificar regulaciones que restringen la competencia y proponer alternativas que mantengan los objetivos de política sectorial con menores costos y mayores beneficios para la sociedad.

En definitiva, la función de promoción de la competencia refuerza el mandato de la CNDC de proteger el interés económico general, complementando la investigación de conductas anticompetitivas y el control de concentraciones con una labor preventiva que contribuye a un entorno regulatorio más competitivo.

RESEÑA BIOGRÁFICA

Germán Zamorano

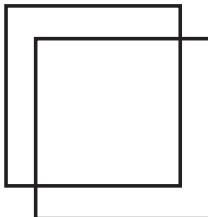
Director de Promoción de la Competencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) desde abril de 2024 y miembro de la Unidad de Clemencia desde junio de 2024. Durante 6 años se desempeñó como analista económico en la Dirección Nacional de Conductas Anticompetitivas de la CNDC. Es Licenciado en Economía por la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Finanzas por la Universidad Torcuato Di Tella, y Doctor en Economía de la Industria y la Tecnología por la Universidad Federal de Río de Janeiro.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Presidente: Gustavo Augusto Freitas de Lima





Acordo de concorrência do Mercosul: Evolução ou involução?¹

*Acuerdo de competencia del Mercosur:
¿Evolución o involución?*

**Pedro de Abreu
Lima Florêncio**

As opiniões expressas neste artigo são exclusivamente do autor e não refletem, necessariamente, a posição ou as opiniões da instituição à qual está vinculado.

Las opiniones expresadas en este artículo son de responsabilidad exclusiva del autor y no representan la posición de las instituciones a las cuales está o ha estado afiliado.

RESUMO

O artigo examina como a questão concorrencial é tratada e implementada no Mercosul para responder à pergunta do título. Para tanto, efetua análise do como a matéria é abordada em distintos processos de integração regional ao redor do mundo, segundo a tipologia indicada pela OCDE. Em seguida, perfaz investigação histórica sobre a inserção do tema no processo de integração do Cone Sul em suas diversas fases de desenvolvimento.

RESUMEN

En un intento por responder a la pregunta sobre los efectos de la implementación del Acuerdo de Competencia en el ámbito del Mercosur, este artículo analiza distintos procesos de integración regional en todo el mundo, según la metodología propuesta por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). A continuación, se presenta una investigación histórica sobre la inclusión del tema del derecho de la competencia en el proceso de integración del Cono Sur en sus diversas etapas de desarrollo.

¹ Artigo elaborado por Pedro de Abreu e Lima Florêncio. Pedro Florêncio é Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do Governo Federal (EPPGG), com mais de 20 anos de experiência profissional nas áreas de direito econômico e regulatório. Exerceu os cargos de Secretário Especial-Adjunto da Secretaria-Especial de Relações Externas da Casa Civil, de Coordenador de Investigações de Práticas Anticompetitivas do Ministério da Fazenda e de Diretor de Projetos do Conselho Nacional de Justiça. É formado em Economia pela USP e em direito pelo Uniceub. Tem mestrado em Direito Econômico Internacional pela University of Warwick, no Reino-Unido, e doutorado em Direito Econômico pela mesma instituição. Atualmente é Coordenador Acadêmico do Instituto 3Ipês e Assessor Internacional do Cade.

1. INTRODUÇÃO

Para responder à pergunta do título, o presente artigo realiza reflexão sobre como a temática concorrencial é abordada e aplicada no Mercosul. A análise crítica tem como fundamento, em primeiro lugar, comparação com a abordagem do assunto nos diferentes processos de integração regional no mundo, conforme tipologia sugerida pela OCDE. Em momento posterior, efetua exame histórico de como o tema vem se inserindo no processo integracionista do Cone Sul nos seus diferentes momentos evolutivos. Por fim, indaga em que medida o atual modelo vigente no Mercosul é adequado para o cumprimento de seus objetivos e princípios basilares.

O artigo está subdividido da seguinte forma. A segunda seção, após essa introdução, discorre sobre tipologia analítica proposta pela OCDE, por ocasião da discussão da temática concorrencial em acordos regionais no seu Comitê de Concorrência. A terceira seção avalia o assunto no âmbito do Mercosul, perfazendo retrospectiva analítica histórica no tratamento do tema. A quarta parte se debruça sobre os dois principais questionamentos do artigo: i) o modelo atual é adequado? ii) Quais suas vantagens e limitações? A quinta e última seção é a conclusão.

2. COMO OS ACORDOS REGIONAIS TRATAM ASSUNTOS CONCORRENCIAIS?

Com certa frequência, as iniciativas de integração regional vêm acompanhadas de esforços para harmonizar ou integrar as políticas de defesa da concorrência. No entanto, o grau dessa integração varia significativamente entre os diferentes blocos regionais. Nos acordos regionais mais avançados instituiu-se uma Autoridade Regional de Concorrência (ARC), à qual se atribuiu maior ou menor grau de competência em relação às Autoridades Nacionais de Concorrência (ANCs), a depender do desenho institucional adotado.

Buscando classificar os diversos arranjos, o Secretariado do Comitê de Concorrência da OCDE elaborou estudo para avaliar como os diferentes processos de integração regional tratam a temática concorrencial.² Avaliaram-se todos os acordos regionais em que existem entidades regionais aplicando normas comuns na matéria. A tipologia da OCDE agrupou os acordos em quatro modelos, apresentados a seguir.

De uma maneira geral, o estudo concluiu que normalmente os acordos regionais mais profundos explicitamente mencionam a importância da inclusão

² OCDE (2018). *Regional competition agreements: benefits and challenges*. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico - OCDE. Diretoria para Assuntos Financeiros e Empresariais. DAF/COMP/GF(2018)5. Paris, setembro de 2018.

de cláusulas concorrenceis para o processo de integração regional. Existem, não obstante, diversas diferenças na implementação das normas de concorrência. Há evidências sugestivas de que há maior detalhamento e abrangência dos dispositivos concorrenceis quanto mais profundo o nível de integração econômica regional vislumbrado.³

2.1 Árbitro Regional (*Regional Referee*)

Neste modelo, a ARC possui jurisdição exclusiva sobre casos regionais, coordenando investigações conduzidas em nível nacional. Assim, a investigação de potencial infração concorrencial com dimensão regional é conduzida pelas ANC s competentes, embora a decisão final seja tomada pela ARC. As ANC s têm jurisdição exclusiva sobre casos nacionais e não podem aplicar dispositivos regionais.

Este modelo é adotado pela Comunidade Andina (CAN),⁴ cuja Secretaria Geral tem a jurisdição original exclusiva face a casos de possíveis práticas anticompetitivas transfronteiriças. Para tal, conta com o apoio técnico de instância denominada Conselho de Concorrência, composto por representantes de todas as agências de concorrência dos países membros.

Esse também é o modelo no qual se encaixava o Mercosul, levando-se em consideração as regras estipuladas pelo Protocolo de Fortaleza. No entanto, conforme se demonstra na próxima seção, o Protocolo foi revogado e desde 7 de abril de 2024 vigora no bloco o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 43/10.

Um dos fatores limitantes dessa tipologia é o diminuto estímulo à convergência e progressiva coesão entre as legislações nacionais e regionais, inclusive no tocante às suas aplicações, pois as ANC s não implementam normas regionais. Conforme apontado a seguir, exatamente o contrário ocorre no modelo de implementação conjunta (*joint enforcement*).

2.2 Atribuições Separadas em dois níveis (*Two - Tier*)

Neste modelo, a ARC tem jurisdição exclusiva para casos regionais, conduzindo a investigação e decidindo sobre o caso. Para processos nacionais, as ANC s têm jurisdição exclusiva, conduzindo a análise e deliberando sobre o caso. Esse arranjo é adotado pela Comunidade do Caribe (CARICOM),⁵ Comunidade

3 *Ibid.*

4 A CAN é composta por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru.

5 Os membros da CARICOM são Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, Montserrat, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trindade e Tobago.

Econômica e Monetária da África Central (CEMAC),⁶ Comunidade da África Oriental (EAC),⁷ União Econômica Eurasiática (EAU)⁸ e Comunidade Econômica dos Estados da África Ocidental (ECOWAS).⁹

No caso da CARICOM, condutas regionais ficam sob responsabilidade de uma instância denominada Comissão de Concorrência. Essa comissão pode solicitar investigações preliminares às agências nacionais em um primeiro momento, quando suspeita da existência de conduta transnacional. Ao final do processo, em caso de confirmação de conduta anticoncorrencial, cada país membro poderá sancionar as partes envolvidas, a depender de sua respectiva legislação nacional.

A CEMAC, por sua vez, possui Secretaria Executiva com a atribuição de cuidar de casos regionais (não apenas condutas, mas também atos de concentração) e, para tal, conta com o apoio de uma Comissão de Concorrência e de um Conselho Regional de Concorrência. As decisões da Secretaria Executiva são vinculantes para os países membros.

Na EAC, foi criada uma Comissão de Concorrência com competência para investigar e punir casos com impacto transfronteiriço (acordos anticoncorrenciais, abuso de posição dominante, atos de concentração e apoio estatal não-isonômico). Assim, cabe às ANC's cuidar dos casos com escopo nacional, respeitadas as respectivas legislações nacionais, e fornecer as informações que forem requeridas pela ARC.

A EAU possui uma Comissão Econômica que lida exclusivamente com casos com impacto regional (acordos anticoncorrenciais, abuso de posição dominante e atos de concentração), enquanto as ANC's lidam com casos de impacto nacional. Quando é informada de possível conduta ilegal, a comissão realiza análise e decide se deve investigar ou deve transferir para a respectiva ANC dar andamento ao caso.

Na ECOWAS, existe instituição denominada Autoridade Regional de Concorrência, que lida com casos regionais (acordos anticoncorrenciais, abuso de posição dominante, atos de concentração e apoio estatal não-isonômico) e, quando entende necessário, pode demandar ajuda das ANC's. Essa autoridade regional pode aplicar sanções pecuniárias a pessoas físicas e jurídicas, cabendo às ANC's implementá-las.

⁶ A CEMAC é formada por Camarões, Chade, Gabão, Guiné Equatorial, República Centro-Africana e República do Congo.

⁷ Os membros da EAC são Burundi, República Democrática do Congo, Quénia, Ruanda, Somália, Sudão do Sul, Uganda e Tanzânia.

⁸ A EAU é composta por Armênia, Belarús, Cazaquistão, Quirguistão e Rússia.

⁹ A ECOWAS é formada por Benim, Burkina Faso, Cabo Verde, Costa do Marfim, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Libéria, Mali, Níger, Nigéria, Senegal, Serra Leoa e Togo.

Novamente aqui, o incentivo para o progressivo alinhamento entre normas locais e regionais é reduzido, à semelhança da tipologia anterior, em função das respectivas autoridades aplicarem legislações distintas. De maneira análoga, esse modelo tem menor capacidade de induzir as autoridades nos diferentes níveis a cooperarem.

2.3 Implementação Conjunta (*Joint Enforcement*)

De acordo com essa tipologia, a investigação de uma infração com dimensão regional pode ser conduzida em nível nacional (pelos ANC) e em nível regional (pela ARC). Para tal, preveem-se mecanismos para alocar competência ao nível mais apropriado em situações específicas. Outra característica relevante desse modelo é que tanto a ARC quanto as ANC são competentes para aplicar a legislação regional. Além disso, as ANC podem implementar as normas regionais em casos nacionais.

Diferentemente das tipologias anteriores, essa peculiaridade de aplicação conjunta por parte das ANC de legislações domésticas e da região estimula maior convergência e coerência entre essas normas e facilita, por conseguinte, o diálogo e a cooperação com a ARC. Esse modelo é adotado pelo Mercado Comum para a África Oriental e Austral (COMESA),¹⁰ a União Europeia (UE)¹¹ e a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA).¹²

No caso da COMESA, foi criada uma Comissão de Concorrência que conduz investigações de práticas anticompetitivas transfronteiriças. As autoridades nacionais podem ser solicitadas a apoiar as investigações ou mesmo conduzi-las nos seus respectivos territórios.

Na União Europeia, há uma Direção-Geral de Concorrência (DG-Comp) que funciona dentro da estrutura da Comissão Europeia. A DG-Comp aplica as normas concorrenenciais juntamente com as ANC, formando a Rede Europeia de Concorrência. Em cada caso que surge, busca-se a autoridade mais adequada para atuar no caso concreto; no entanto, como regra geral, a DG-Comp lida com os casos que impactam mais de três países membros e que suscitam temas novos do ponto de vista da análise antitruste. As ANC devem assessorar a DG-Comp quando solicitadas.

¹⁰ A COMESA é composta por Burundi, Comores, Djibuti, Egito, Eritreia, Etiópia, Líbia, Madagascar, Malawi, Maurício, Quênia, República Democrática do Congo, Ruanda, Seychelles, Somália, Sudão, Suazilândia, Tunísia, Uganda, Zâmbia e Zimbábue.

¹¹ A UE é formada por Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, República Checa, Roménia e Suécia.

¹² Os membros da EFTA são Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça.

Na EFTA, as normas concorrenceis são similares às da UE e são a estas inter-relacionadas. Quando um caso tem impacto considerável na UE, ele é conduzido pela DG-Comp. A EFTA possui Autoridade de Supervisão, mas somente investiga casos com impacto restrito ao próprio bloco.

2.4 Atribuições Comuns em um Único Nível (*One - Tier*)

Neste modelo, a ARC investiga e decide sobre casos de concorrência nacionais e regionais. As ANCs desempenham papel secundário, apenas apoiando a ARC.

A União Econômica e Monetária da África Ocidental (WAEMU)¹³ adota esse modelo, de modo que cabe à Comissão de Concorrência do bloco a exclusividade jurisdicional em matérias de concorrência. Além de dar apoio às investigações quando solicitado, as ANCs podem ser convidadas a opinar em determinados casos, o que é feito por meio do Comitê de Concorrência, órgão eminentemente consultivo composto por dois representantes de cada ANC.

3. ANÁLISE HISTÓRICA DA POLÍTICA CONCORRENCEIAL NO MERCOSUL

A temática concorrencial está inserida no Mercosul desde o seu nascedouro. O artigo primeiro do seu tratado constitutivo, o Tratado de Assunção, prevê a formação de um mercado comum com a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, e a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais. O artigo quarto do mesmo instrumento normativo estipula de maneira mais explícita que os Estados Partes assegurarão condições equitativas de comércio e coordenarão suas respectivas “políticas setoriais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”.¹⁴

Essas previsões são lógicas e naturais, já que a livre concorrência é um dos pilares fundamentais de mercados comuns. Caso um mercado comum não tenha legislação de concorrência, há risco de que os propalados benefícios da liberalização comercial intrazona – produtos mais variados, baratos e melhores – não se consolidem na devida intensidade, em função de arraigadas práticas anticompetitivas.

Além disso, na ausência de legislação antitruste regional, para fazer face a condutas infratrividias ocorridas em outros países, com efeito concreto em determinada jurisdição, cada país terá que aplicar sua norma extraterritorialmente. A aplicação extraterritorial de normas encontra significativas limitações em função

¹³ A WAEMU é composta por Benim, Burkina Faso, Costa do Marfim, Guiné-Bissau, Mali, Níger, Senegal e Togo.

¹⁴ Tratado de Assunção, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm, acesso em 03 de junho de 2025.

da dificuldade de execução das decisões e da complexidade na produção de provas em outros países. A aplicação transnacional de normas jurídicas pode também representar foco constante de tensão entre as nações do bloco, em virtude da possibilidade de interferência na soberania de outros países.

Outra desvantagem da ausência de legislação concorrencial uniforme em mercados comuns é a continuidade da aplicação de medidas de defesa comercial dentro da própria zona, como é o caso dos direitos antidumping.¹⁵ Tal prática persistiria justamente pela falta de consolidação efetiva de um mercado comum, com normas antitruste harmonizadas, que tenderiam a eliminar essas medidas. Isso ocorreria, pois em um mercado comum plenamente consolidado, as arbitragens tenderiam a eliminar a eventual imposição de direitos antidumping de um país em desfavor de outro. Por outro lado, a existência de lei antitruste unificada intrazona favoreceria o enquadramento de casos específicos de alegação de dumping como condutas de infração concorrencial, tais como os preços predatórios e a discriminação de preços. A análise desses casos de acordo com as normas concorrentiais diminuiria o risco de viés protecionista que comumente é associado aos direitos antidumping e dotaria toda a investigação de maior racionalidade econômica.¹⁶

Além disso, o estabelecimento de regras antitruste claras e uniformes no bloco também propiciaria maior segurança jurídica, previsibilidade e ganhos de escala para empresas nos atos de concentração de escopo regional. A garantia de condições concorrentiais isonômicas no Mercosul, com maior restrição a iniciativas governamentais que alterem esse padrão, como a concessão de subsídios a estatais e regras nacionais mais benéficas para esses entes, é outro aspecto positivo do processo de convergência normativa concorrencial.

Dante de norma de concorrência uniforme, estável e homogênea, haveria, de fato, maior estímulo para a interconexão das estruturas produtivas dos diferentes países, um dos objetivos do acordo, e um fator propiciador de maior dinamismo e competitividade no Mercosul.¹⁷ Ao estimular a especialização produtiva e o intercâmbio de insumos, tecnologias e competências entre os países, essa interconexão fortaleceria a resiliência das cadeias regionais, reduziria custos, ampliaria a escala e melhoraria a inserção internacional e competitividade sistêmica das indústrias intrazona. Caminhar-se-ia, assim, a passos mais largos para o efetivo estabelecimento de um mercado comum.

¹⁵ Florencio, P. "What kind of interaction between antidumping and competition policies is desirable within Mercosur?" Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers, University of California, Berkeley, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/7rb629pw>. Acesso em: 3 jun. 2025.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ V. Mera, L. (2005) "Explaining Mercosur's Survival: Strategic Sources of Argentine – Brazilian convergence" in J. Lat. Amer. Stud. 37, Cambridge University Press 109–140.

Com base nessa lógica, criou-se no Mercosul um Grupo de Trabalho formado por representantes dos Estados Partes para elaborar proposta de legislação comum na área de defesa da concorrência.¹⁸ O resultado foi a Decisão CMC no. 18/96, que instituiu o Protocolo de Fortaleza. O Protocolo cria o Comitê de Defesa da Concorrência no bloco (CDC), de natureza intergovernamental, formado pelas autoridades antitruste dos respectivos Estados Partes. Suas cláusulas aplicam-se a condutas que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos anticompetitivos no Mercosul ou no comércio intrazona.¹⁹

De acordo com o Protocolo, a abertura de investigações de potenciais condutas infratativas cabe a cada autoridade nacional, *ex-officio* ou mediante representação. No momento de abertura das investigações é de responsabilidade das respectivas autoridades nacionais o envio de avaliação técnica preliminar ao CDC. Esse Comitê define o mercado relevante, os meios de prova das potenciais práticas infratativas e seus possíveis efeitos econômicos, e decide, *ad referendum* da Comissão de Comercio do Mercosul (CCM), pelo arquivamento ou pela abertura de averiguação preliminar.

No caso de abertura de averiguação preliminar, a investigação fica sob responsabilidade da autoridade no local onde ocorreu a potencial conduta infrativa, com base nos critérios determinados pelo CDC. Ao fim da análise, o relatório conclusivo será encaminhado ao CDC, que deliberará, *ad referendum* da CCM, a respeito das práticas anticompetitivas e da respectiva punição. A aplicação das sanções fica a cabo da mesma autoridade responsável pela investigação. Caso não haja consenso no âmbito da CCM, o assunto é encaminhado ao Grupo do Mercado Comum (GMC). Persistindo o impasse, o Estado-Parte interessado pode recorrer ao mecanismo de controvérsias do Mercosul.

O Protocolo de Fortaleza, no entanto, nunca chegou a ter vigência no Mercosul. O instrumento só foi ratificado e internalizado pelo Brasil e pelo Paraguai. Portanto, nos termos do seu artigo 33, somente teve vigência nesses dois países.

Vários autores procuraram entender e avaliar as principais razões para a não ratificação do Protocolo. Marcelo Guimarães assevera que se trata de um dos exemplos da hipertrofia normativa do Mercosul, segundo a qual complexas estruturas são criadas por leis que não guardam muita consonância com a realidade do processo de integração e não são, por conseguinte, implementadas.²⁰ Jorge Guira,

¹⁸ Tavares, J. and Tineo, L. (1997) “The Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries” The Antitrust Bulletin, v. 15, April, 1998.

¹⁹ O Protocolo de Fortaleza não conta com normas relativas a atos de concentração e subsídios estatais.

²⁰ Guimarães, M. (2020) “Os novos rumos do direito antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a consolidação da cooperação internacional na região” in Rev. Dir. Com. Int. 15, 45–70.

na mesma linha, ao avaliar o bloco do Cone Sul, menciona a frequente tendência de criação de normas que se tornam “bonitas melodias que nunca são tocadas”.²¹ Também são frequentes os argumentos de ausência de cultura concorrencial no bloco,²² das divergências políticas entre os Estados²³ e dos entraves políticos e jurídicos para implementação do Protocolo.²⁴

Muito embora todas essas argumentações provavelmente sejam em certa medida pertinentes e adequadas, existe uma razão relevante que não é mencionada pelos autores que avaliaram essa temática. Trata-se do fato de o Protocolo de Fortaleza prever, em um acordo de caráter rigorosamente intergovernamental como o Mercosul, a possibilidade de deliberação supranacional em determinadas ocasiões específicas, à revelia, portanto, de pelo menos um Estado Parte.

Conforme detalhado acima, essa possibilidade pode ocorrer em cenário em que o relatório conclusivo da autoridade nacional investigadora não atinge consenso nem na CCM, nem no GMC, e é levado ao órgão de solução de controvérsias do Mercosul. Nesses casos, a deliberação será decidida contrariamente aos interesses de pelo menos um determinado país. Levando-se em conta que essa pode ter sido uma importante razão para a não internalização do Protocolo de Fortaleza, tudo leva a crer que o Mercosul ainda não estaria, portanto, preparado a dar nenhum passo rumo à supranacionalidade. Ou seja, os seus Estados constituintes não estariam dispostos a renunciar qualquer margem de liberdade na definição de suas políticas públicas internas em prol do projeto regional.

Em função da ausência de internalização do Protocolo de Fortaleza e do consequente impasse institucional do Mercosul nessa matéria, diversas propostas surgiram para adoção de mecanismos de cooperação regional entre os sócios na área de defesa da concorrência, como uma agenda mínima passível de impulsionar o tema no bloco.²⁵ Nesse contexto, foram aprovadas decisões e entendimentos no Mercado Comum do Cone Sul prevendo cooperações técnicas e o intercâmbio de informações e dados entre os sócios. Todo esse esforço culminou na adoção do Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul - MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 43/10. Esse acordo revoga o Protocolo de Fortaleza e prevê uma rede de cooperação técnica entre os sócios

21 Guira, J. (2003), “Mercosur – trade and investment amid financial crisis”, International Economic Development Law Series, Kluwer Law International, The Hague, pg. 16.

22 Guimarães, M. (2020), op. cit.

23 Cruz e Creuz, L. R. (2011) “A Construção da Defesa da Concorrência no Mercosul”, in Universitas: Relações Internacionais 9(2), 57–74.

24 Araújo, C. V. P. de (2012) “O direito da concorrência no Mercosul: o Protocolo de Fortaleza e as relações entre Brasil e Argentina”, Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

25 Guimarães, M. (2020), op. cit.

para o exame de práticas anticompetitivas, com sistemas de consultas prévias e intercâmbio de informações.

No dia 08 de março de 2024, a República do Paraguai procedeu ao depósito do instrumento de ratificação do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL. Com esse depósito, o instrumento entrou em vigor em 7 de abril de 2024, após o período de *vacatio legis*, uma vez que todos os demais Estados Partes do Mercosul já haviam realizado esse procedimento.

4. O ATUAL MODELO É ADEQUADO? QUAIS SUAS VANTAGENS E LIMITAÇÕES?

Conforme ficou demonstrado na seção anterior, o Protocolo de Fortaleza, instrumento normativo ambicioso e abrangente, foi abandonado e revogado, por ausência de internalização, pelo atual Acordo de Defesa da Concorrência. De maneira diametralmente oposta à legislação anterior, o atual acordo não conta com nenhuma entidade regional para aplicação de suas normas, nem prevê qualquer dispositivo comum em matéria concorrencial que tipifique condutas infratativas e procedimentos de investigação. O acordo limita-se à cooperação técnica entre os sócios e à troca de informações entre as autoridades concorrenceis.

Nesse contexto, portanto, o atual modelo do Mercosul sequer seria categorizado dentro da metodologia sugerida pela OCDE para considerar como os diferentes acordos regionais lidam com a temática concorrencial, pois atualmente o bloco não conta com legislação comum de defesa da concorrência aplicada por autoridade regional. O estudo da OCDE abordado na seção 2 menciona que normalmente os acordos regionais mais profundos, ambiciosos e abrangentes tendem a contar com legislações concorrenceis mais extensivas, detalhadas e completas. Essa lógica, no entanto, não se aplica atualmente ao Mercosul. Embora o Mercado do Cone Sul seja considerado um acordo profundo e ambicioso, levando-se em conta a pretensão de se tornar um mercado comum, essa aspiração não guarda sintonia com as atuais normas aplicáveis à temática concorrencial.

É bem verdade que o modelo anterior revelou-se totalmente inoperante, por ausência de internalização e, nesse sentido, necessário seria alterar a proposta pretérita para que a temática concorrencial não permanecesse perenemente obstruída por esse impasse institucional. A decisão de modificar a legislação antitruste do bloco foi acertada e, de fato, a cooperação intrazona vem sendo significativamente incrementada nos últimos anos. Hoje são notáveis os avanços do intercâmbio entre os países do Mercosul e a agenda de cooperação técnica e institucional é significativamente maior em comparação ao período anterior.

A despeito desse inegável avanço, é necessário indagar se o atual modelo contribui para a efetiva consolidação de um mercado comum em que os princípios e as normas concorrenenciais têm lugar de destaque e são efetivos para contrarrestar condutas anticompetitivas intrazona e para lidar com atos de concentrações regionais. Infelizmente a resposta é negativa.

Apesar da inegável vantagem de estimular maior cooperação entre os sócios do Mercosul, o atual Acordo de Concorrência do Mercosul em pouco se diferencia dos demais acordos bilaterais assinados com outros países para cooperação em matéria de defesa da concorrência. Logicamente que a atual legislação tem a inegável vantagem de prever a cooperação técnica sincrônica entre todos os países de bloco. Previsão essa, diga-se de passagem, que vem sendo observada com significativos avanços. Não obstante, em termos de mérito, há pouca diferença, por exemplo, entre a norma do Cone Sul e o Acordo bilateral de Cooperação Técnica entre o Brasil e os Estados Unidos. Em outras palavras, a atual norma não confere nenhum substancial valor agregado aos países do bloco na temática concorrencial em comparação com outros países extrazona.

Portanto, caso não se caminhe rumo a um marco regulatório mais ambicioso, que de fato estimule e preveja a elaboração de legislação comum de defesa da concorrência, passível de efetivamente atuar em condutas ocorridas em um estado parte com efeitos em outro, em atos de concentração regionais e com a aplicação de normas por uma entidade regional, o projeto do Mercado Comum do Cone Sul muito provavelmente não se consolidará a contento. Isso porque há grandes chances de persistência da aplicação extraterritorial de legislações nacionais, com os potenciais conflitos decorrentes. Além disso, é bem provável que as medidas de defesa comercial, como os direitos antidumping, continuem sendo aplicadas entre os sócios, e as condições concorrenenciais entre os países do bloco permaneçam assimétricas e heterogêneas. Esse cenário certamente atuará em detrimento da maior interconexão das estruturas produtivas do Mercosul, do ambiente de negócios regional, bem como da previsibilidade legal e da segurança jurídica do projeto.

Caso o Mercosul deseje manter a ideia original de formar um mercado comum efetivo e operante, é necessário que se encontrem mecanismos efetivos que estimulem os sócios a elaborarem conjuntamente norma comum em matéria concorrencial, evitando os percalços do modelo anterior que o levaram ao impasse. Muito provavelmente esse esforço em algum momento do futuro demandará decisão de abandonar o atual modelo de integração regional rigorosamente intergovernamental, rumo a algum grau de supranacionalidade, por mínimo que seja. Em outras palavras, talvez seja necessário que os Estados Partes aceitem eventual decisão concorrencial com a qual não estejam de acordo. Para isso, terão que renunciar a graus de liberdade na definição de políticas públicas domésticas, em

prol do projeto regional.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a refletir sobre a adequação do atual acordo de concorrência vigente no Mercosul levando em consideração os objetivos e os princípios do projeto original. Após efetuar análise de como a temática é tratada em outros acordos regionais e de realizar reflexão histórica a respeito do tema no bloco do Cone Sul, extraem-se duas principais conclusões.

Primeiro, a alteração do modelo anterior do Protocolo de Fortaleza foi adequada e louvável para eliminar o impasse institucional na matéria, que desestimulava a colaboração entre os países do bloco e o avanço do tema.

Segundo, a despeito dos inegáveis progressos que a alteração do modelo anterior propiciou, com aumento da cooperação técnica e estímulo à maior integração e coordenação entre as autoridades concorrenceis dos países do Mercosul, o atual modelo vigente do Acordo de Defesa da Concorrência ainda é insuficiente para a consolidação de um mercado comum no Cone Sul.

Para efetivamente concretizar o projeto original do bloco é necessário considerar a elaboração de legislação concorrencial comum, com criação de entidade regional responsável por sua aplicação. Essa decisão muito provavelmente requererá, no futuro, deliberação a respeito do abandono de estrutura rigorosamente intergovernamental, rumo a um nível mínimo de supranacionalidade. Decisão certamente difícil, mas necessária. Necessária, para definir de maneira conclusiva o futuro do Mercosul. E difícil, porque poderá demandar a escolha entre a continuidade do projeto original de construção de um mercado comum e uma estrutura rigorosamente intergovernamental.

Retomando a metáfora de Jorge Guira a respeito do Mercosul, pode-se dizer que na área concorrencial passamos de uma bonita melodia jamais tocada, para uma música tocada que não é muito bonita. Que no futuro possamos encontrar a sintonia fina entre esses dois polos.²⁶

6. BIBLIOGRAFIA

Araújo, C. V. P. de (2012) “O direito da concorrência no Mercosul: o Protocolo de Fortaleza e as relações entre Brasil e Argentina”, Tese de Doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

26

Guira, J. (2003), op. cit.

Cruz e Creuz, L. R. (2011) “A Construção da Defesa da Concorrência no Mercosul”, in Universitas: Relações Internacionais 9(2), 57–74.

Florenco, P. “What kind of interaction between antidumping and competition policies is desirable within Mercosur?” Latin American and Caribbean Law and Economics Association Annual Papers, University of California, Berkeley, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/7rb629pw>. Acesso em: 3 jun. 2025.

Guimarães, M. (2020) “Os novos rumos do direito antitruste no MERCOSUL: o Acordo de Defesa da Concorrência e a consolidação da cooperação internacional na região” in Rev. Dir. Com. Int. 15, 45–70.

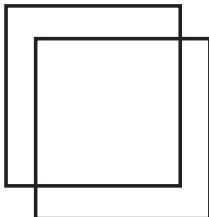
Guira, J. (2003), “Mercosur – trade and investment amid financial crisis”, International Economic Development Law Series, Kluwer Law International, The Hague, pg. 16.

Mera, L. (2005) “Explaining Mercosur’s Survival: Strategic Sources of Argentine – Brazilian convergence” in J. Lat. Amer. Stud. 37, Cambridge University Press 109–140.

OCDE (2018). Regional competition agreements: benefits and challenges. Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico - OCDE. Diretoria para Assuntos Financeiros e Empresariais. DAF/COMP/GF(2018)5. Paris, setembro de 2018.

Tavares, J. and Tineo, L. (1997) “The Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries” The Antitrust Bulletin, v. 15, April, 1998.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



Processo Administrativo para apuração de ato de concentração (“Apac”) nº 08700.000641/2023-83 (Digesto/Jusbrasil): Conceitos de Grupo Econômico e controle compartilhado sob a ótica antitruste no Brasil

Procedimiento administrativo de investigación de operación de concentración (Apac) n.º 08700.000641/2023-83 (Digesto/Jusbrasil): Conceptos de Grupo Económico y control conjunto desde la perspectiva antimonopolio en Brasil

Mauricio Oscar Bandeira Maia¹
Edson Junio Dias de Sousa²

RESUMO

O presente artigo busca analisar a evolução do conceito de grupo econômico e controle compartilhado ou conjunto no âmbito do direito concorrencial brasileiro, com ênfase no APAC nº 08700.000641/2023-83 (Digesto/JusBrasil), caso em que a operação não foi previamente notificada ao Cade. Explora-se como a Resolução Cade nº 33/2022 define critérios para notificação obrigatória de atos de concentração, especialmente quando há participação de fundos de investimento minoritários. Anota-se que o Cade entendeu configurar controle compartilhado, exigindo a correspondente notificação, a existência de determinados direitos atribuídos a acionistas minoritários. No que tange à operação em referência, embora não tenha sido ela previamente informada, o Cade não aplicou multa em face do *gun jumping*, por reconhecer a boa-fé e a ausência de orientação consolidada. Por fim, sugere-se maior clarificação de critérios e padrões adotados pelo Cade para reduzir insegurança jurídica, bem como ressalta-se a relevância da decisão para a jurisprudência antitruste no Brasil a respeito da matéria em questão.

Palavras-chave: APAC nº 08700.000641/2023-83 (Digesto/JusBrasil); *Gun jumping*; Critérios de notificação; Grupo Econômico; e Controle Compartilhado.

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo IDP (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa), e Especialista em Direito Concorrencial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Foi Conselheiro do Cade de 2017 a 2021, bem como seu Presidente Interino entre junho e julho de 2021. É parecerista e consultor em Antitruste desde 2022.

² Bacharel, mestre e doutorando pela Universidade de Brasília (UnB) e Especialista em Direito Concorrencial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Foi assessor e chefe de assessoria técnica na Superintendência-Geral e na Presidência do Cade, entre 2016 e 2022. Professor adjunto do IDP.

RESUMEN

El presente artículo se propone analizar la evolución del concepto de grupo económico y de control conjunto en el ámbito del derecho de la competencia en Brasil, con énfasis en el APAC n.º 08700.000641/2023-83 (Digesto/JusBrasil), caso en el cual la operación no fue notificada previamente al Cade. Se examina cómo la Resolución Cade N.º 33/2022 establece criterios para la notificación obligatoria de operaciones de concentración, especialmente cuando hay la participación de fondos de inversión minoritarios. Se observa que el Cade entendió que configura un control conjunto, exigiendo la correspondiente notificación, la existencia de determinados derechos atribuidos a accionistas minoritarios. En cuanto a la operación en cuestión, aunque no fue notificada previamente, el Cade no impuso multa por *gun jumping*, al reconocer la buena fe y la ausencia de directrices consolidadas. Finalmente, se sugiere una mayor clarificación de los criterios y estándares adoptados por el Cade a fin de reducir la inseguridad jurídica, y se destaca la relevancia de la decisión para la jurisprudencia antimonopolio en Brasil sobre la materia en cuestión.

Palabras clave: APAC n.º 08700.000641/2023-83 (Digesto/JusBrasil); *Gun jumping*; Criterios de notificación; Grupo Económico; y Control conjunto.

I. INTRODUÇÃO

O ano de 2024, sob vários aspectos, foi um marco relevante na agenda antitruste brasileira. Mecanismos e políticas que têm historicamente funcionado bem foram aprofundados e por vezes adensados, assim como aqueles que, por quaisquer razões, precisavam de possíveis atualizações, foram ajustados ou parcialmente revisados.

Exemplo das duas posturas, no que tange ao controle de estruturas e no controle de condutas, ambos exercidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), foi indubitavelmente a consolidação jurisprudencial do conceito de controle conjunto para fins concorrenciais, o qual repercutiu diretamente na definição de grupo econômico.

Nesse sentido, o presente artigo pretende apresentar, sumaradamente, e refletir acerca de importante controvérsia que oportunamente teve lugar no CADE no âmbito do Processo Administrativo para Apuração de Ato de Concentração (“APAC”) nº 08700.000641/2023-83³, envolvendo as empresas Digesto Pesquisa e Banco de Dados S.A. (“Digesto”) e Goshme Soluções para a Internet Ltda. (“JusBrasil”) e em que houve extenso debate a respeito da adequada interpretação do artigo 4º

³ Disponível em sua versão pública na íntegra em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmzyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLjH0OLyFUJzCalvweIIHddYVflirnry7rnoC-cAvR3mVd0787dE. Acesso em 23.06.2025.

da Resolução 33/2022⁴ para fins de determinação do grupo econômico atinente e, ato contínuo, para o estabelecimento do faturamento, base de cálculo à qual se aplicaria, em sede de dosimetria, eventual multa por *gun jumping*.

II. CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (LEI N° 12.529/2011) E NA RESOLUÇÃO N° 33/2022

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira – Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011⁵ –, determina em seu artigo 88⁶ que, para fins de notificação de Atos de Concentração (“ACs”) ao Cade⁷, devem ser considerados os faturamentos dos grupos econômicos envolvidos em ambos os polos da operação. Assim, com o intuito de esclarecer o tema, foi editada recentemente a mencionada Resolução n° 33/2022, por meio da qual o Cade definiu a composição de grupos econômicos para fins de estabelecimento do faturamento. *In casu*, interessa sobretudo a redação do art. 4º da aludida resolução:

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

⁴ Disponível na íntegra em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcfKkN81DNKUDhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdul07VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy1J7fZ6z5AK-E7JynVgVAYniczU5wql6a4at3XodqUOL. Acesso em 22.06.2025.

⁵ Disponível na íntegra em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 21.06.2025.

⁶ “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos *I* e *II* do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei”.

⁷ Em síntese, a Lei de Defesa da Concorrência brasileira (Lei n° 12.529/2011) estabelece que atos de concentrações – operações de fusões e aquisições, entre outras – devem ser submetidos à aprovação prévia do Cade quando os grupos econômicos envolvidos atingirem determinados critérios de faturamento. As operações só podem ser implementadas após a decisão da autoridade, sob pena de multas que podem chegar a R\$ 60 milhões, de nulidade do negócio e até mesmo de investigação de potencial conduta anticompetitiva.



§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei nº 12.529/2011, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico para fins de cálculo do faturamento de que trata este artigo, cumulativamente:

I – O grupo econômico de cada cotista que detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e

II – As empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha direta ou indiretamente participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§3º A definição de grupo econômico deste artigo aplica-se apenas para fins de cálculo do faturamento com vistas à determinação do atendimento dos critérios objetivos fixados no artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, e não vincula decisões do Cade com relação à solicitação de informações e à análise de mérito dos casos concretos (g. n.).

Tradicionalmente o Cade tem entendido quanto integrantes de um grupo econômico, cumulativamente: **(i)** empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e **(ii)** empresas nas quais qualquer das empresas acima seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Para fundos de investimento, por sua vez, devem ser considerados como integrantes de um grupo econômico, cumulativamente, **(i)** o grupo econômico de cada cotista que detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) das cotas do fundo envolvido na operação via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e **(ii)** as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais esse fundo

detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Como se percebe, o conceito de controle, oriundo do direito societário, é fundamental à análise. Assim sendo, a respeito do conceito de controle – o qual, se comprovado, suscita a existência de grupo econômico sob a perspectiva antitruste⁸ –, a doutrina especializada cita quatro modalidades de controle acionário⁹:

- a) Controle majoritário:** verifica-se quando um acionista, pessoa física ou jurídica, detém a maioria das ações com direito de voto. Modalidade mais comum de controle acionário, onde a propriedade das ações assegura o poder de controle e as funções executivas (conselho de administração);
- b) Controle compartilhado:** configura-se quando o poder de controle é exercido por várias pessoas em conjunto, usualmente como signatários de acordo de acionistas, que se obrigam a votar em bloco nas matérias atinentes ao exercício do poder de controle. Nesses casos, embora nenhum dos signatários do acordo detenha, individualmente, a maioria das ações votantes, a união das suas ações assegura o controle acionário (bloco de controle). Nesses casos, o acordo de acionistas é da espécie de “acordo de voto em bloco”, quando seus integrantes instituem um “órgão” deliberativo interno (reunião prévia), no qual a deliberação será tomada pela maioria absoluta dos convenientes e vinculará a todos (art. 118, §§ 8º e 9º, da Lei das S.A.);
- c) Controle minoritário:** verifica-se quando, dada a dispersão das ações da companhia no mercado, um acionista ou grupo de acionistas exerce o poder de controle com menos da metade do capital votante, já que nenhum outro acionista ou grupo detém maior volume de ações com direito de voto; e
- d) Controle pulverizado:** no modelo de controle pulverizado, a condução dos negócios sociais é exercida por administradores profissionais, membros do Conselho de Administração e da Diretoria, no exercício de suas funções legais e estatutárias, sem que exista um bloco de ações que assegure o poder de controle. O controle pulverizado ocorre quando a companhia emite apenas ações com direito de voto, podendo restringir, através do seu estatuto, o número máximo

⁸ A despeito de não necessariamente coincidir com a disciplina do direito societário, é possível extrair, das decisões do Cade, indicações sobre a existência de um “controle conjunto para fins concorrentiais”. Este desenvolvimento está presente, sobretudo, nos casos que discutem aplicação do art. 9º, parágrafo único, da Resolução nº 33/2022, que exime de notificação aquisições realizadas pelo “controlador unitário”, indicando que aquisições de consolidação de controle somente seriam de notificação obrigatória quando implicassem mudança da estrutura do controle (*i.e.*, de controle compartilhado para controle unitário ou vice-versa). Importante destacar que tais decisões, em geral, fazem menção a disposições previstas nos documentos constitutivos das sociedades envolvidas (*e.g.*, estatutos e contratos sociais), além de direitos políticos e econômicos atribuídos aos sócios em acordos de sócios e outros contratos parassocietários.

⁹ SANTO, Lígia Kirsten Espírito. *A legitimidade do poder de controle nas Sociedades Anônimas*. Monografia (Especialização em Direito Societário), INSPER, São Paulo, 2010; BERTOLDI, Marcelo M. *O poder de controle na Sociedade Anônima – Alguns aspectos*. Paraná: Scientia Iuris, 2004, p. 51-74; e COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo, ed. Saraiva, 1999, p. 276-277.

de votos de cada acionista, ou grupo de acionistas, nas deliberações da Assembleia Geral, independentemente da quantidade de ações do acionista. Tal possibilidade está prevista no art. 110, § 1º, da Lei das S.A.

Para os propósitos deste artigo, observa-se que, em se tratando de acionistas minoritários que possuam determinados direitos acionários – especificados na seção seguinte quanto ao caso em epígrafe –, ao menos por hipótese, também quem não detém controle majoritário pode eventualmente ser considerado como integrante de um grupo econômico para fins de notificação de operações societárias no âmbito do Cade.

Em vistas disso, a compreensão de quais entidades – nesse caso, não majoritárias – compõem um grupo econômico é central para que empresas e autoridades possam, de modo previsível, definir se suas operações estão ou não sujeitas à análise prévia da autoridade antitruste, bem como, nos termos do APAC nº 08700.000641/2023-83, ora em comento, por quais critérios e padrões o Cade apreciará ditos atos de concentração.

III. APAC nº 08700.000641/2023-83 (DIGESTO/JUSBRASIL): CONCEITO CONCORRENCEIAL DE CONTROLE COMPARTILHADO

A operação em epígrafe tratou da aquisição da totalidade das ações de emissão da Digesto pelo JusBrasil, nos termos do contrato de compra e venda de ações celebrado em outubro de 2021. A operação foi consumada na data da assinatura do contrato e, à época, não foi submetida ao Cade, visto que, consoante sustentado pelas requerentes, os grupos econômicos envolvidos não atenderiam aos requisitos de faturamento mínimo expressamente estabelecidos pelo artigo 88, II, da Lei nº 12.529/2011 e consoante previsto no artigo 4º, § 1º, da Resolução nº 33/2022.

Contudo, em fevereiro de 2023 a operação foi notificada ao Cade, tendo as requerentes, em síntese, solicitado seu não conhecimento em virtude da “ausência de controlador”¹⁰, uma vez que JusBrasil e Digesto supostamente não estariam, na

10 Cf. SG/Cade no âmbito do AC nº 08700.000641/2023-83 “a) As Partes argumentaram que a redação da Resolução não indica claramente que uma empresa deva ser considerada integrante do grupo econômico de um investidor titular de participação societária superior a 20% quando este investidor não exercer controle (e.g., controle minoritário ou controle conjunto). Ponderaram que a leitura do dispositivo indicaria a necessidade de se identificar o controlador “final” de uma estrutura de investimentos. Nesse sentido, apontaram que antes da Operação a maioria das ações de emissão da Digesto eram detidas pelo acionista Tomás. Para fins do art. 4º da Resolução Cade nº 2/2012, vigente à época, afirmaram que Tomás não controlava ou integrava um grupo econômico. Deste modo, como o faturamento da Digesto no ano anterior à Operação foi de apenas R\$ [ACESSO RESTRITO], de forma que não estaria satisfeito o critério do referido art. 88. b) No mesmo sentido, expuseram que nenhum dos acionistas do Jusbrasil controlava a companhia na data da Operação, quer de forma unitária, quer em estrutura de controle comum ou conjunto. Para fins do art. 4º, §1º, Resolução Cade nº 2/2012, vigente à época, elas entendem, portanto, que o Jusbrasil não estava sob controle comum, direta ou indiretamente, de nenhum acionista e, portanto, não poderia ser considerado integrante de seus respectivos grupos econômicos. Portanto, na data da Operação, defendem as Requerentes que o Jusbrasil deveria ser considerado como controlador de seu próprio grupo econômico (Grupo Jusbrasil, como referido acima) e o faturamento do Grupo Jusbrasil em 2020 não superou a cifra

acepção concorrencial específica, sob controle comum de outros grupos econômicos.

Ao examinar o caso, a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) ressaltou que a argumentação pelo não conhecimento não encontraria amparo no § 1º do artigo 4º, visto que tal previsão somente aplicar-se-ia a fundos de investimento e não, como é o caso, a empresas. Além disso, cotejando as participações acionárias, entendeu que as requerentes se enquadravam ao conceito de grupo econômico de fundos de investimento e que, portanto, perfaziam o critério de faturamento que impunha notificação obrigatória.

Diante desse quadro, a SG/Cade realçou que a operação era, sim, de notificação obrigatória, na medida em que existiriam fundos de investimento minoritários nas estruturas societárias das empresas envolvidas na operação que deveriam ter sido considerados para a apuração dos faturamentos envolvidos. Isso em decorrência dos direitos atribuídos aos fundos de investimento minoritários nos acordos de acionistas da Digesto e do JusBrasil, os quais, na opinião da SG/Cade, seriam suficientes para configurar controle compartilhado sobre tais sociedades. Assim, concluiu a SG/Cade pelo conhecimento da operação e por sua aprovação sem restrições.

De início, o Conselheiro-Relator explanou preocupações com **(i)** a ausência – ou insuficiência – de clareza na orientação interpretativa do Cade quanto às regras de configuração de grupo econômico aplicável a fundos de investimento para operações em que fundos são somente cotistas da empresa-alvo ou empresa vendedora no que se refere ao artigo 4º, § 2º, da Resolução nº 33/2022 e com a **(ii)** publicização e sistematização de parâmetros objetivos para aferição de controle compartilhado a partir da análise do acordo de acionistas de acordo com o artigo 4º, § 1º, da mencionada resolução.

Em específico, aduzindo à jurisprudência do Cade¹¹, observou-se a existência de três abordagens metodológicas que contribuiriam para se definir quando um acionista minoritário possui poder de controle e, portanto, deve ser considerado enquanto integrante do grupo econômico para fins de notificação de operações societárias no âmbito da autoridade antitruste brasileira.

de R\$ 75 milhões” (Doc. SEI 1213859”, § 19).

¹¹ E.g., consoante levantamento aduzido no voto do Conselheiro-Relator: AC nº 08700.003258/2020-34 (Delta/Latam); AC nº 08700.005100/2021-80 (Suez/GIP/Meridiam/CDC); AC nº 08700.006057/2014-40 (Bunge/JB Bioenergy); AC nº 08700.005015/2016-54 (ABC/CDN); AC nº 08700.002073/2018-98 (Ticket/Repor); AC nº 08700.006826/2018-34 (Brennand/Eletrobras); AC nº 08700.006673/2018-25 (Equatorial/Eletrobras/Intesa); AC nº 08700.003974/2021-01 (Invepar/GRUPAR); AC nº 08700.005587/2016-33 (HNA/Carlson); AC nº 08700.004122/2017-46 (Pirelli/DASA); AC nº 08700.000519/2019-21 (LATAM/TAM); AC nº 08700.000550/2019-61 (Akso/CSE); AC nº 08700.005990/2022-19 (Hana Micron/HT Micron/Inova); AC nº 08700.004734/2022-04 (Itaúsa/Votorantim/AG/CCR); AC nº 08700.005922/2021-61 (Quality/ACCT); e AC nº 08700.006369/2018-88 (Naspers/Rocket/Delivery Hero).

Primeiro, citou-se a verificação concreta do funcionamento dos órgãos de deliberação da companhia; a partir de documentos internos da companhia – incluindo atas das reuniões do conselho de administração, apresentações de reuniões e relatórios gerenciais e financeiros *etc.* –, cumprindo observar se a assembleia geral, o conselho de administração e a diretoria confirmam que acionistas minoritários possuem poder de controle. Essa metodologia é a menos usual e é excessivamente onerosa ao Cade.

Segundo, mencionou-se a presunção de controle a partir da mera detenção de participação de 20% (vinte por cento). Tal metodologia, adotada em diversos precedentes pela SG/Cade e pelo Tribunal, fundamenta-se na tese – por vezes, controvertida – de que as empresas que tenham controle em percentual acima de 20% (vinte por cento) do capital social ou votante devem ser consideradas como parte do mesmo grupo econômico, independentemente de exercerem de fato direitos políticos.

Terceiro, sendo esta a sistemática mais relevante para os fins deste artigo, aludiu-se à presunção de controle a partir de direitos atribuídos a minoritários em acordo de acionistas. A metodologia em comento, nos termos expostos pelo Conselheiro-Relator, é a mais utilizada pela SG/Cade, visto que permite a identificação de direitos especiais atribuídos a acionistas minoritários a partir da avaliação de expedientes ou instrumentos como o estatuto da companhia ou acordo de acionistas.

Nesse contexto, o Tribunal concluiu, por unanimidade, condensando a prática decisória do Cade, que os seguintes direitos minoritários, sistematizados na tabela a seguir extraída a partir de elementos do voto do Conselheiro-Relator, geram presunção de controle compartilhado, distinguindo-os daqueles outros – segundo grupo – que consistem tão-só na mera proteção do investimento, devendo o Cade avaliar, portanto, *e. g.*, se os direitos de voto e de indicação de membros dos órgãos de governança são de fato indicativos de controle ou se são destinados a mera proteção de investimentos.

Direitos de minoritários que geram presunções de controle compartilhado	Direitos de minoritários de mera proteção ao investimento
<p>1. Direito de veto ou necessidade de quórum qualificado para aprovação em Assembleia Geral de matérias como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Aprovação do plano de negócios; b. Aprovação do orçamento anual; c. Qualquer alteração no estatuto social que afetem os direitos dos acionistas, independentemente da matéria. <p>2. Direito de veto ou necessidade de quórum qualificado para aprovação em Conselho de Administração de matérias como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Aprovação do plano de negócios; b. Aprovação do orçamento anual; c. Eleição e destituição de diretores da companhia; d. Aprovação da política de negócios. <p>3. Direito de indicar membros para o Conselho de Administração, especificamente quando combinado com direitos de voto sobre matérias concorrencialmente estratégicas.</p> <p>4. Direito de voto sobre decisões relacionadas a investimentos, empréstimos, contratações e outras operações acima de determinados valores.</p> <p>5. Direito de voto sobre a aprovação de relatórios gerenciais, demonstrações financeiras e a indicação de auditores independentes.</p>	<p>1. Direito de voto ou necessidade de quórum qualificado para aprovação em Assembleia Geral de matérias como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Operações societárias relevantes, como fusões, incorporações, aquisições e criação de subsidiárias integrais; b. Emissão de títulos da sociedade a terceiros; c. Obtenção de registro de sociedade aberta e negociação de ações em bolsa de valores; d. Aprovação de dividendos ou outras formas de distribuição de lucros; e. Aprovação da remuneração máxima dos membros da administração; f. Pedidos de falência, recuperação judicial ou extrajudicial; g. Aumento ou redução do capital social autorizado. <p>2. Direito de voto ou necessidade de quórum qualificado para aprovação em Conselho de Administração de matérias como:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Eleição e destituição de membros do comitê de auditoria; b. Eleição e destituição do diretor presidente ou do presidente do Conselho de Administração; c. Aprovação do plano geral de negócios propostos pela Diretoria, desde que, em caso de impasse, a matéria seja submetida à deliberação do Conselho de Administração e aprovada por maioria simples. <p>3. Direito de indicar membros para o Conselho de Administração, desde que não combinado com direitos de voto sobre matérias estratégicas.</p> <p>4. Direito de voto sobre contratos entre a companhia e o acionista controlador ou outras sociedades nas quais o acionista controlador tenha interesse.</p> <p>5. Direito de voto sobre a avaliação de bens destinados à integralização de aumento de capital.</p>

Feita a sistematização jurisprudencial supracitada, voltou-se ao caso concreto para determinar se os fundos detentores de participação acionária na compradora e na empresa-alvo poderiam ser considerados co-controladores de tais empresas – isto é, se exerçeriam controle compartilhado para fins concorrenciais. A análise dos instrumentos de governança das empresas revelou, por sua vez, que os direitos não eram típicos de mera proteção do investimento minoritário.

Embora as cláusulas permaneçam confidenciais, é possível notar que havia determinados direitos já amplamente reconhecidos na jurisprudência do Cade como aptos a configurar controle compartilhado, tais como: **(i)** indicação de membros de conselho de administração, **(ii)** existência de quórum qualificado em assembleia-geral e **(iii)** existência de quórum qualificado em reuniões do conselho de administração.

Assim, tanto a JusBrasil como a Digesto foram consideradas como pertencentes aos grupos econômicos de fundos de investimento que preenchiam os critérios de faturamento previstos na lei concorrencial brasileira.

Nessa ordem de ideias, considerou-se caracterizada a infração de *gun jumping*, porém, em razão de as empresas terem motivos razoáveis para entender que a operação não era de notificação obrigatória; por não terem que antecipar e cumprir a interpretação ampliativa defendida pela SG/Cade; além de terem agido com boa-fé ao notificarem o AC posteriormente ao Cade, o Tribunal deixou de aplicar multa administrativa, afastando, excepcionalmente, a dosimetria da multa de APAC, conforme dispõe o artigo 22 da Resolução 24/2019, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Doc. SEI 1365296, §§ 203 a 210).

Ademais, a decisão utilizou como fundamentação o disposto no artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual veda a aplicação imediata ou retroativa de “*decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito*” (Doc. SEI 1365296, §208).

Em conclusão, assinalou o Conselheiro-Relator (Doc. SEI 1365296), *in verbis*:

203. Diante do ineditismo da posição da SG, dado que essa interpretação não havia sido aplicada anteriormente para se afastar a análise de controle, não me parece razoável exigir que as Representadas antecipassem e cumprissem a interpretação ampliativa defendida pela Superintendência-Geral no caso concreto.

204. Em segundo lugar, mesmo admitindo a aplicação subsidiária do art. 4º, § 1º, da Resolução nº 33/2022, conforme fundamentação deste voto, ainda assim remanescem consideráveis dificuldades em precisar se as disposições constantes dos acordos de acionistas juntados aos autos estariam ou não aptas a configurar situações de controle compartilhado.

205. Como restou demonstrado, as múltiplas abordagens adotadas pelo Cade na verificação de controle perfiladas nos itens 4.2.1, 4.2.2 e 4.2.3 não fornecem balizas hermenêuticas conclusivas para a adequada solução da controvérsia. Os precedentes conflitantes evidenciam que a delimitação dos casos de direito minoritário que desbordam da mera proteção ao investidor e efetivamente caracterizam controle compartilhado permanece tema controverso na jurisprudência antitruste.

206. Essas considerações demonstram que, no presente caso, as Representadas tinham motivos razoáveis para acreditar que a operação não se subsumiria aos requisitos de notificação obrigatória previstos no art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

207. Além disso, merece destaque que as Representadas realizaram espontaneamente a notificação do ato de concentração após o recebimento da denúncia, ainda que se tenha defendido o não conhecimento da operação. O AC foi notificado em 27/02/2023 nos autos nº 08700.001465/2023-05, tendo sido processado em rito sumário e aprovado sem restrições no dia 29/03/2023 (SEI 1212403). Desta forma, identifica-se a boa-fé das Representadas diante da notificação e a baixa complexidade do caso em razão de sua aprovação pela SG.

208. Assim, diante de uma situação tão única e excepcional posta no caso em tela, entendo que é de rigor a incidência no caso concreto do comando do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prevê que não se pode aplicar de imediato, e muito menos retroativamente, “decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito”.

209. Ademais, o próprio artigo 22 da Resolução 24/2019 do CADE permite o afastamento da dosimetria de multa de APAC em casos excepcionais, devidamente justificados, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Reforço que mesmo a aplicação dos valores mínimos de multa previstos na lei seria inadequada, tendo em vista que essa decisão afasta os próprios fundamentos de conhecimento da operação outrora estabelecidos no AC 08700.001465/2023-05.

210. Por todas essas razões, concluo pela consumação da operação em desacordo com o art. 88, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, mas deixo de aplicar multa administrativa pelos motivos acima fundamentados (g. n).

Cabe notar que, ao final do seu voto, o Conselheiro-Relator instigou o Tribunal a revisar os critérios para a identificação de casos notificáveis, com o intuito de torná-los mais objetivos e, consequentemente, de fazer com que o processo de notificação junto ao Cade seja mais simples e transparente, bem como de reduzir tanto quanto possível os custos administrativos e os riscos de subnotificação ou sobrenotificação.

Nesses termos, sugeriu a alteração da Resolução 33/2022 ou a elaboração de guia de orientação – *soft law* – acerca das hipóteses de notificação obrigatória de operações que envolvam direitos de minoritários, assim como os parâmetros utilizados pelo Cade para a análise desses casos, baseando-se na jurisprudência, nas melhores práticas nacionais e internacionais e nos desafios específicos do mercado brasileiro.

Por fim, o Tribunal elucidou, resgatando casos e padrões anteriores, os critérios adotados para a configuração de grupo econômico envolvendo operações com fundos de investimento, bem como sistematizou e publicizou a atual interpretação orientativa quanto aos parâmetros de verificação de controle compartilhado relacionado aos direitos de acionistas minoritários, nos termos do artigo 4º, §§ 1º e 2º da Resolução nº 33/2022, mormente disso decorrendo a relevância do caso, ao contribuir com a uniformização da jurisprudência aplicável e a garantia de segurança jurídica e previsibilidade às decisões da autarquia no que tange a matéria ora controvérida.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 24 de abril de 2025, o Cade divulgou “*novas respostas para perguntas frequentes sobre os critérios de notificação de atos de concentração, com base na Lei nº 12.529/2011*”¹², entre outras motivações, como repercussão da decisão ora em comento:

O conceito de “controle compartilhado” ou “controle conjunto” no direito societário brasileiro refere-se à situação em que o poder de controle de uma empresa é exercido por um grupo de acionistas, ao invés de um único acionista controlador individual. Desta forma, o controle compartilhado ou conjunto pode ser descrito como a situação em que o poder de controle de uma determinada companhia é exercido de maneira contínua por um grupo de acionistas ligados por relações jurídicas ou contratuais, permitindo-lhes atuar de modo estável e coordenado na administração dos negócios sociais.

A identificação do controle compartilhado nas decisões do Cade consiste na identificação, a partir do exame dos acordos societários, de direitos especiais atribuídos a acionistas minoritários que possam ultrapassar a mera proteção do investimento (g. n.)¹³.

Particularmente, o caso em referência permitiu à autoridade antitruste, bem como aos agentes relacionados ou impactados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), oportunidade para que fossem pormenorizados e publicizados critérios adicionais para a determinação de grupos econômicos, sobretudo em se tratando de operações que envolvam acionistas minoritários e controle compartilhado. Para tanto, o Tribunal, unanimemente e nos termos do voto do Conselheiro-Relator (Doc. SEI 1365296), esclareceu que também acionistas minoritários, sob a ótica da defesa da concorrência, podem eventualmente ser considerados como detentores de “controle”.

Ressaltou-se, por exemplo, que, em se observando direitos de veto, de quórum qualificado para a aprovação de determinadas matérias e de indicação de diretores e membros do *board* do Conselho de Administração, o conceito de controle pode ser

¹² Cf. “*Perguntas sobre critérios de notificação de atos de concentração*”. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-atualiza-201cperguntas-frequentes201d-sobre-notificacao-de-atos-de-concentracao>. Acesso em 23.06.2025.

¹³ Cf. “*Como é configurado o controle compartilhado de empresa?*”. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/criterios-de-notificacao-de-atos-de-concentracao?-authenticator=232f242348cdf9d708a6c366c6eafe1a5e26c62f>. Acesso em 23.06.2025.

atribuído a um acionista minoritário para fins antitruste.

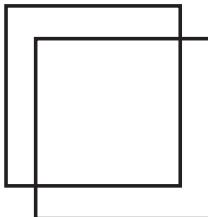
Embora a discussão dificilmente possa ser considerada exaurida, tem-se que a sistematização realizada no âmbito do APAC nº 08700.000641/2023-83 representa contribuição indispensável ao tema, sobretudo considerando o estado anterior da jurisprudência aplicável, quanto ao qual não havia propriamente entendimento dominante na autarquia brasileira. Os referidos critérios¹⁴, que espelham a interdependência entre direito antitruste e direito societário, também se mostram úteis, dentro e fora do Cade, para a identificação do controle compartilhado ou conjunto na prática societária.

¹⁴ Cf. “*Quais são as matérias a serem deliberadas pelos órgãos de gestão da empresa aptas a caracterizar o controle unitário ou compartilhado?*”. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/criterios-de-notificacao-de-atos-de-concentracao?_authenticator=232f242348cdf9d708a6c366c6eafe1a5e26c62f. Acesso em 23.06.2025.

REPÚBLICA DEL PARAGUAY

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Presidente: Eduardo Carlos Barros Vasconcellos





CONACOM aprueba nuevo instructivo para la notificación de operaciones de concentración: hacia una mayor eficiencia en el control de fusiones en Paraguay

CONACOM aprova nova instrução para a notificação de operações de concentração: rumo a uma maior eficiência no controle de fusões no Paraguai

Rolando Díaz Delgado¹- rdiaz@conacom.gov.py

RESUMEN

El presente artículo analiza la reciente aprobación por parte del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay del nuevo *Instructivo para la notificación de operaciones de concentración*, mediante Resolución D/AD N° 50 del 29 de mayo de 2025. Se examina el proceso que condujo a su implementación y se destacan las características principales de este instrumento, con especial énfasis en su objetivo de agilizar los plazos de tramitación, particularmente para aquellas operaciones que pueden ser resueltas en primera etapa. Se profundiza en los Anexos I (Formulario Ordinario) y II (Formulario Simplificado), pilares fundamentales del nuevo instructivo.

Palabras clave: CONACOM, Derecho de la Competencia, Control de Concentraciones, Paraguay, Notificación de Fusiones, Procedimiento Simplificado

RESUMO

O presente artigo analisa a nova *Instituição para a notificação de operações de concentração*, recentemente aprovada por meio da Resolução D/AD N.º 50 de 29 de maio de 2025 e implementada pela Comissão Nacional da Concorrência do Paraguai (CONACOM). Examina-se o processo que levou à sua implementação e destacam-se as principais características deste instrumento, com especial ênfase no seu objetivo de agilizar os prazos de tramitação, especialmente para aquelas operações que podem ser resolvidas na primeira fase. Aprofunda-se, nos Anexos I (Formulário Ordinário) e II (Formulário Simplificado), os pilares fundamentais da nova instrução.

1

Miembro del Directorio de la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay.

Palavras-chave: CONACOM; Direito da Concorrência; Controle de Concentrações; Paraguai; Notificação de Fusões; Procedimento Simplificado

I. EL PROCESO DE MODERNIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DE CONCENTRACIONES EN PARAGUAY

La Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay ha demostrado un compromiso sostenido con la mejora y eficientización de los procesos de control de las operaciones de concentración. Este esfuerzo responde a la imperante necesidad de adaptar el marco procesal a las dinámicas del mercado, garantizar una aplicación más ágil y eficaz de la Ley N° 4956/2013 de *Defensa de la Competencia*, y proporcionar mayor predictibilidad y seguridad jurídica a los agentes económicos.

En este marco, el Directorio de la CONACOM dictó, el 29 de mayo de 2025, la Resolución D/AD N° 50, *por la cual se aprueba el nuevo instructivo para la notificación de operaciones de concentración de la Comisión Nacional de la Competencia*².

El antecedente inmediato al *Nuevo Instructivo* recientemente aprobado se encuentra en el *Instructivo para la notificación de operaciones de concentración* que fuera aprobado por Resolución D/AD N° 29 del 23 de marzo de 2021³. Si bien el referido instructivo vino a facilitar y a dar mayor grado de certidumbre a los procesos de notificación de operaciones de concentración, lo cierto es que no facilitó la reducción sustancial de los tiempos de resolución.

Esta circunstancia, la experiencia acumulada durante su aplicación, así como la constante evolución del derecho de la competencia a nivel regional y global, impulsaron a la CONACOM a emprender un proceso de revisión y mejoramiento de sus directrices.

El camino hacia la aprobación del nuevo instructivo no ha sido un evento aislado, sino que se enmarca en una serie de iniciativas estratégicas de la CONACOM en materia de control de concentraciones. Desde 2016, con la Resolución N° 72/2016⁴ que aprobó *la escala para la aplicación de la tasa en relación con las notificaciones*, la institución ha venido trabajando activamente en la construcción de un marco

² PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 50/2025. 29 de mayo de 2025. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>>*

³ PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2021. 23 de marzo de 2021. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1JwNseS0ARFaUHYuPCtN8vHvhRZviKPf9/view>>*

⁴ PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 72/2016. 18 de noviembre de 2016. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1fgHMn71WBzMFn6o8v9mLoKT4Hr-Xk_ZI/view>*

regulatorio robusto. A lo largo de los años, se han aprobado lineamientos específicos, como el *Lineamiento para definición de mercado relevante*, aprobado por Resolución D/AD N° 53/2021, de 30 de junio de 2021⁵, lo que demuestra la dedicación de la CONACOM a la claridad y la especialización técnica.

Otro hito significativo en este proceso de desarrollo normativo fue la elaboración del *Instructivo para la Declaración de Confidencialidad de los documentos presentados ante la Comisión Nacional de la Competencia*. Este instrumento, aprobado por Resolución D/AD N° 51/2021 de 25 de junio de 2021⁶, fue precedido por un exhaustivo proceso de participación pública. Dicho proceso incluyó la publicación del proyecto, la recepción y análisis de opiniones de diversas entidades y expertos, así como la consideración de dictámenes relevantes de la Abogacía del Tesoro (Dictamen N° 221⁷, fechado el 23 de marzo de 2021) y de la Dirección de Acceso a la Información del Ministerio de Justicia (Dictamen N° 01⁸, fechado el 23 de marzo de 2021). La convocatoria y celebración de una audiencia pública el 6 de mayo de 2021, sobre este instructivo de confidencialidad, sentó un precedente importante de transparencia y rigor en la elaboración de la normativa de la CONACOM, estableciendo un estándar para futuras regulaciones.

La elaboración del *Nuevo Instructivo para la notificación de operaciones de concentración* siguió una lógica similar de análisis y evaluación, con un enfoque particular en la eficiencia. La CONACOM, consciente de que la celeridad en los trámites es fundamental para no obstaculizar la actividad económica legítima, se propuso diseñar un instrumento que permitiera una tramitación más expedita, especialmente para aquellas operaciones con menor probabilidad de generar efectos anticompetitivos. Este proceso culminó con la aprobación de la Resolución D/AD N° 50 del 29 de mayo de 2025, que derogó la versión anterior (Resolución D/AD N° 29/2021) y marcó un avance sustancial en la evolución del régimen de control de concentraciones en Paraguay. Este nuevo instructivo se erige como una herramienta clave para optimizar los procesos, reducir los tiempos de tramitación y facilitar la aprobación de las operaciones que califican para una primera etapa, buscando consolidar la posición de Paraguay como un referente en la aplicación efectiva del derecho de la competencia en la región, en el marco de una economía de mercado.

⁵ PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 53/2021. 30 de junio de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1Jn6_I54aScKY9FqrdaEjJa8xYNau8SZ/view>*

⁶ PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 51/2021. 25 de junio de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/10y2WPQjF5jKGuXoVZDKviHRHtm_Nxy_b/view>*

⁷ PARAGUAY. ABOGACÍA DEL TESORO. Dictamen N° 221 del 23 de marzo de 2021. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1OwDnqDQ2kAMdbCBdn6EdzDrE4h34-tmS/view>>

⁸ PARAGUAY. DIRECCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Dictamen 01/2021 del 23 de marzo de 2021. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1YxyskX9y1nhlC5iUKEaOFgvidUDfjUHk/view>>

II. ESTRUCTURA DEL NUEVO INSTRUCTIVO PARA LA NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

El Nuevo Instructivo para la notificación de operaciones de concentración de la Comisión Nacional de la Competencia, aprobado por Resolución D/AD N° 50/2025, representa una actualización fundamental y una mejora significativa respecto a su predecesor. Su principal objetivo es optimizar los tiempos de tramitación de las notificaciones, buscando reducir las cargas administrativas para las partes involucradas y, en particular, facilitar la aprobación rápida de aquellas operaciones que no plantean preocupaciones significativas para la competencia. La meta es clara: agilizar los procesos y permitir que las operaciones de concentración que califican para una aprobación en primera etapa (30 días hábiles) puedan ser aprobadas de manera más eficiente, contribuyendo así a la dinamización de los mercados.

El Instructivo se estructura en siete secciones y cinco anexos (de los cuales, los dos primeros son los pilares fundamentales y los que introducen las mayores innovaciones en el procedimiento de notificación: *Anexo I: Formulario Ordinario de Notificación* y *Anexo II: Formulario Simplificado de Notificación*):

- I. ÍNDICE.
- II. INTRODUCCIÓN.
- III. DEFINICIONES.
- IV. PLAZO, UMBRALES Y SUJETOS OBLIGADOS A REALIZAR LA NOTIFICACIÓN.
- V. CONSULTAS PREVIAS A LA NOTIFICACIÓN.
- VI. INSTRUCCIONES GENERALES Y PROCEDIMENTALES.

ANEXO I: Formulario Ordinario de Notificación.

ANEXO II: Formulario Simplificado de Notificación.

ANEXO III: Principales Competidores, Proveedores y Clientes.

ANEXO IV: Estados financieros cuando las empresas de la operación sean personas físicas.

ANEXO V: Autorización para que la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) intercambie información con otras autoridades de competencia.

III. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO INSTRUCTIVO PARA LA NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En el apartado introductorio, el *Nuevo Instructivo* resume sus objetivos y características fundamentales.

En este marco, el *Nuevo Instructivo* busca fijar las pautas y clarificar las informaciones que deben ser proporcionadas por las empresas al momento de notificar una eventual operación de concentración.

El *Nuevo Instructivo*, según declara, constituye un documento vinculante que reglamenta el procedimiento, en concordancia con el Artículo 16 del Decreto N° 1490/2014 *Por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia*⁹, que dispone que *la notificación deberá ser presentada de acuerdo al Instructivo de Notificación de Operaciones de Concentración que para tal efecto aprobará el Directorio de la CONACOM*, y en ejercicio de la facultad de reglamentar los procedimientos administrativos contemplados en la Ley N° 4956/2013 de *Defensa de la Competencia*, conforme surge del Artículo 29¹⁰, letra d) de la misma.

Si bien la *Ley de Defensa de la Competencia* y el Decreto Reglamentario son las principales bases normativas sobre las que se realiza el trabajo institucional; el *Nuevo Instructivo* nos recuerda que también forman parte del sistema jurídico de defensa de la competencia, las resoluciones dictadas por el Directorio de la CONACOM.

Cabe destacar especialmente, como ya hemos señalado anteriormente, que, mediante el *Nuevo Instructivo*, se introducen formalmente al sistema jurídico de defensa de la competencia, el Formulario Ordinario (ANEXO I) y el Formulario Simplificado (ANEXO II), los cuales se constituyen como instrumentos técnicos para la recopilación estructurada de la información necesaria para la evaluación de las operaciones de concentración propuestas. Ambos formularios han sido diseñados conforme a estándares internacionales y mejores prácticas en materia de control de concentraciones, con el objetivo de facilitar una evaluación adecuada, proporcional y eficiente de las propuestas.

Según declara el mismo *Instructivo*, la implementación de estos formularios parte de la base de que las evaluaciones de las operaciones de concentración requieren un riguroso análisis de sus efectos potenciales sobre la estructura y funcionamiento de los mercados; de donde resulta la necesidad de que las empresas

⁹ PARAGUAY. *Decreto N.º 1490/2014, por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/2013 de Defensa de la Competencia*. 8 de mayo de 2014.

¹⁰ PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 de *Defensa de la Competencia*, art. 29, inc. d.

notificantes suministren información económica detallada y veraz, de acuerdo con los parámetros contemplados en el *Nuevo Instructivo*, y de manera a garantizar una evaluación adecuada y eficiente por parte de la CONACOM.

Finalmente, cabe destacar que el contenido del *Nuevo Instructivo* responde principalmente a la experiencia derivada del análisis que viene realizando la CONACOM en el marco de las operaciones de concentración notificadas y que tiene como fuentes a las guías o instructivos de otras autoridades de competencia. En la misma línea, cabe recordar que es un instrumento dinámico y, por tanto, sujeto a revisión continua, por lo que es susceptible de actualizaciones en la medida que los criterios y las interpretaciones que guían su aplicación vayan evolucionando.

En el apartado de *Definiciones*, el *Nuevo Instructivo* se ocupa de definir conceptos fundamentales, como *operación de concentración*, *empresa*, *grupo económico*, *notificación de la operación*, *notificante*, *control*, *controlante*, *controlante última o matriz controlante*, *parte vendedora*, *empresa objeto de la operación* y *mercado relevante*.

Cabe destacar aquí que, las definiciones de algunos conceptos fundamentales como *empresa*, *grupo económico*, *control* y *mercado relevante* siguen criterios económicos:

Empresa: es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, con domicilio legal en el país o en el extranjero, sean de derecho público o privado, o cualesquiera entidades que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro y que produzcan efectos sobre la competencia en todo o parte del territorio nacional. Esta definición de empresa comprende, además, entre otros, a los grupos económicos, a los elementos del activo y líneas de negocios.

Grupo Económico: es el conjunto de empresas que se encuentren bajo la dirección, control o administración de otra, o de cualquier modo relacionadas que constituyan una unidad económica de producción o servicios.

Control: Toda posibilidad, de hecho o de derecho, de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa.

Mercado Relevante: es el ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de tal forma que abarque todos los bienes o servicios sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo.¹¹

En el apartado de *plazos, umbrales y sujetos obligados a realizar la notificación*, el *Nuevo Instructivo*, en lo relativo a los plazos, se limita a recordar que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 14 de la *Ley de Defensa de la Competencia*, las propuestas de operaciones que superen los umbrales establecidos deberán ser notificadas *dentro de los 10 (diez) días de su celebración contados a partir del día siguiente de la fecha de conclusión escrita del acuerdo o de la publicación de la oferta de compra, de canje o de la adquisición de una participación de control*¹²; y que, la *conclusión escrita del acuerdo* se refiere al acto por el que las empresas asientan por escrito su intención de llevar adelante una Operación de Concentración.

En lo que a los *umbrales* se refiere, el *Nuevo Instructivo* dispone que, a los fines de la determinación de la obligación de notificar una propuesta de operación, la facturación y cuotas de mercado se calculan respecto de las empresas que participan en la Operación, atendiendo a los siguientes criterios:

- a) Respecto a la facturación bruta global en la República del Paraguay, se entiende que la misma debe superar la cantidad de 100.000 salarios mínimos mensuales en el último ejercicio contable previo a la operación. (Ejemplo: Si se notifica una propuesta de operación en el mes de abril de 2025, la facturación debe ser conforme al ejercicio contable 2024¹³).
- b) Respecto de la cuota de mercado, se entiende por superado el umbral cuando como consecuencia de la operación se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 45% del mercado nacional de un determinado producto o servicio, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo.¹⁴

Respecto de los *sujetos obligados a efectuar la notificación*, el *Nuevo Instructivo* establece que:

- a) Para los casos de fusiones, deberán notificar de forma conjunta las empresas que pretendan fusionarse y que hayan suscrito los instrumentos de la fusión;

notificación de operaciones de concentración. p. 4. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>>

12 PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 de *Defensa de la Competencia*, art. 14.

13 Es preciso aclarar que existen sectores de la economía paraguaya que no poseen cierres de ejercicio contable en el mes de diciembre (fin de año), por ejemplo, el sector de seguros cuyo cierre se realiza en el mes de junio. En nuestro ejemplo, si se notificara en el mes de abril de 2025, la facturación correspondería al ejercicio contable 2023/2024.

14 PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Instructivo para la notificación de las operaciones de concentración*. pp. 5-6. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>>

- b) Para los casos de adquisición de control total o parcial, la notificación deberá ser presentada por la empresa que pretenda adquirir el control y que haya suscrito los instrumentos mediante los cuales pretende adquirirlo;
- c) Para los casos de creación de una nueva empresa independiente y permanente, la notificación deberá ser presentada de forma conjunta por quienes pretendan crearla y que hayan suscrito los instrumentos para su creación.¹⁵

Y, respecto de las *partes de la Operación* el *Nuevo Instructivo* dispone que, *salvo indicación expresa en los respectivos formularios, las referencias a partes o empresas involucradas abarca a todas las empresas directamente relacionadas a la operación de concentración y sus respectivos grupos económicos.*

Bajo el título de *consultas previas a la notificación*, el *Nuevo Instructivo* establece, en el marco de lo dispuesto en el Artículo 13 del Decreto Reglamentario, que las empresas involucradas en una operación de concentración podrán requerir al Directorio de la CONACOM una o más entrevistas de manera previa a la Notificación de la Operación, las que podrán llevarse a cabo previa concertación de fecha y hora, de las que participarán también los funcionarios de la Dirección de Investigación. De todo lo actuado se labrará un acta simple con la aclaración de que la misma se da para facilitar la comprensión de la información que debe presentarse en la Notificación (información necesaria, tipo de notificación, entre otros); y, con el fin de resguardar la confidencialidad de la misma, se indicarán únicamente los participantes de dicha entrevista y, en caso de que sea necesario, un reporte sobre alguna sugerencia que se haya dado respecto del procedimiento de notificación con base en la información a la que se tiene acceso en ese momento.

El apartado VI - *Instrucciones generales y procedimentales* del *Nuevo Instructivo* es de vital importancia, ya que establece las directrices operativas y los requisitos formales que rigen todo el proceso de notificación ante la CONACOM. Estas instrucciones son cruciales para asegurar la correcta presentación de las solicitudes y, por ende, para la fluidez y eficiencia del trámite. A su contenido nos referimos a continuación.

1. Presentación de la Notificación (Forma y Formato): La Notificación de la Operación debe presentarse por escrito en la Mesa de Entrada de la CONACOM; y, adicionalmente, en el plazo de un día hábil, contado desde la presentación física, la Notificante deberá remitir una copia digital de esta en un formato editable (DOC, DOCX, PDF, XLSX, entre otros) a la dirección de

¹⁵ PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Instructivo para la notificación de las operaciones de concentración*. p. 6. Recuperado de: <<https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>>

correo electrónico concentraciones@conacom.gov.py

2. Modelos de Formularios de Notificación: La Notificación de la Operación se presentará siguiendo el modelo de Formulario Ordinario de Notificación (Anexo I) o el modelo de Formulario Simplificado de Notificación (Anexo II), según sea el caso y los criterios aplicables.

3. Requisitos de Firma y Foliado: La Notificación de la Operación deberá estar firmada por la Notificante en todas sus páginas (incluyendo sus anexos y formularios) y foliada en letra y número en el margen inferior derecho del anverso de cada foja.

4. Supuestos para la Notificación Simplificada: La Notificación de la Operación se hará con base en el Formulario Simplificado si se cumple alguno de los siguientes supuestos:

A) Cuando las empresas involucradas en la operación realicen actividades económicas en el mismo mercado relevante de producto o servicio (nacional o geográfico definido) y se cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) La cuota conjunta de las empresas no supera el 20% en dicho mercado; o
- b) La cuota conjunta de las empresas esté entre el 20% y el 30% en dicho mercado, y la adición de cuota no supere los 2 puntos porcentuales.

B) Cuando las empresas involucradas realicen actividades económicas en mercados ascendentes o descendentes dentro del proceso de producción, distribución y comercialización, y no alcancen una cuota individual o conjunta superior al 30% en dichos mercados relacionados.

C) Cuando las empresas involucradas no realicen actividades económicas en el mismo mercado relevante ni en mercados ascendentes o descendentes dentro del proceso de producción, distribución y comercialización.

D) Cuando una de las empresas involucradas adquiera el control exclusivo de la empresa objeto de la operación sobre la cual ya detentaba control conjunto.

E) Para casos de adquisición de control total o parcial, cuando la facturación total en el último ejercicio contable de la empresa objeto

de la Operación no supere 8.000 salarios mínimos mensuales.

F) Para los casos de creación de una nueva empresa independiente y permanente, cuando la misma no tenga previsto ejercer actividades dentro del territorio paraguayo o cuando aun teniendo previsto ejercer actividades dentro del territorio paraguayo, su facturación total en el ejercicio contable inmediato posterior a su creación previsiblemente no vaya a superar los 8.000 salarios mínimos mensuales.

5. Uso del *Formulario Ordinario* (Casos No Simplificados): Fuera de los casos establecidos en para la utilización del *Formulario Simplificado*, la Notificación de la Operación deberá presentarse conforme al *Formulario Ordinario*.

6. Requisitos Específicos para la Presentación del *Formulario Simplificado*: Para la presentación del *Formulario Simplificado*, la Notificante deberá considerar todas las actividades económicas realizadas por las empresas involucradas en la operación al momento de proponer las alternativas de definiciones de mercados relevantes de producto y geográfico. Asimismo, la Notificante deberá presentar la información, bases de datos, cálculos y elementos de convicción que permitan verificar la concurrencia de los supuestos contemplados para la utilización del *Formulario Simplificado*.

7. Notificación Conjunta: En los casos de notificación conjunta, se presentará la notificación en un solo formulario.

8. Acompañamiento de la Tasa por Análisis y Estudio: Deberá acompañarse a los Formularios de Notificación el original o copia autenticada de la liquidación de la Tasa por Análisis y Estudio de las Operaciones de Concentración (Art. 27 LDC), así como la Boleta de Depósito Bancaria o Comprobante de Transferencia y el Recibo de Dinero emitido por la CONACOM donde conste el pago efectivo de dicha tasa. El procedimiento de liquidación y pago de la tasa se encuentra establecido por Resolución de la CONACOM disponible en el sitio web institucional.

9. Idioma de los Formularios y Documentos Anexos: Los Formularios de Notificación y sus documentos anexos deben estar redactados en idioma español. En caso de que algún documento anexo estuviere redactado en otro idioma, se deberá acompañar la respectiva traducción realizada por traductor público debidamente matriculado.

10. Unidades de Medida y Moneda: Los datos deben ser proporcionados en unidades debidamente identificadas a lo largo de toda la Notificación (por ejemplo, kilogramos, unidades físicas, litros, etc.). Los datos relativos a

unidades monetarias deben ser proveídos en Guaraníes, con indicación de la cotización de referencia diaria publicada por el Banco Central del Paraguay para la respectiva conversión acompañada de la fecha correspondiente de la misma, si fuere el caso.

11. Justificación y Exactitud de la Información: Las informaciones proporcionadas deben ser justificadas, exactas y completas con indicación de la fuente utilizada para los cálculos y la presentación de los documentos comprobatorios que estuvieren disponibles. Ante la imposibilidad de proveer informaciones exactas, las notificantes deberán proporcionar estimaciones con la indicación de las respectivas fuentes y metodologías de cálculo utilizadas.

12. Fuentes Alternativas de Información: Siempre que fuere posible, se deberá presentar fuentes alternativas de informaciones relevantes para el análisis de la propuesta de operación (como ser sitios electrónicos, publicaciones, asociaciones, organismos de control, estudios realizados por terceros, jurisprudencia, etc.).

13. Información Obligatoria y Solicitud Adicional: Además de la información enumerada por el artículo 16 del Decreto Reglamentario, resulta obligatoria toda la información señalada como tal en el Formulario Simplificado y el Formulario Ordinario. La omisión de aquella información requerida por los Formularios de Notificación pero que no esté encuadrada entre las obligatorias, podrá ser solicitada como información adicional conforme al tercer párrafo del numeral 2 del artículo 14 de la LDC.

14. Tratamiento de Información Confidencial: En caso de que las Notificantes requieran que determinada información presentada sea tratada de forma confidencial, deberán solicitarlo expresamente, individualizando dicha información y justificando su tratamiento confidencial conforme con lo establecido en el *Instructivo para la declaración de confidencialidad de los documentos presentados ante la CONACOM*.

15. Control de Integridad de la Notificación y Requerimientos del DCC: Una vez presentada la Notificación de la Operación con la respectiva documentación, dentro de un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, el Departamento de Control de Concentraciones (DCC) definirá si la información presentada se encuentra completa. Cuando se constate que no se ha presentado toda la información obligatoria, requerirá a la Notificante que en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles complete la información faltante bajo apercibimiento de tener por no presentada la Notificación de la Operación. El DCC, en el plazo de cinco (05) días hábiles, verificará



nuevamente si la información presentada se encuentra o no completa.

16. Inicio del Análisis Sustancial: El análisis sustancial se iniciará al día siguiente de que el DCC informe que la documentación presentada se encuentra completa.

17. Evaluación por Vía Simplificada y Plazos: Dentro del plazo máximo de cinco (05) días hábiles, contados desde el día siguiente en que se constate que la documentación presentada por la Notificante se encuentra completa, el DCC deberá informar si corresponde o no la evaluación de la propuesta de operación de concentración por la vía del Formulario Simplificado. Dicho informe deberá ser comunicado a la Notificante, indicando que el plazo máximo de evaluación es de treinta (30) días hábiles, pudiendo el mismo ser suspendido conforme al tercer párrafo del numeral 2 del artículo 14 de la LDC.

18. Requerimiento de Información Adicional para Vía Ordinaria o Complejidad: En caso de que no se configuren los supuestos para la presentación mediante *Formulario Simplificado* y, por tanto, no hubiera correspondido la utilización del Formulario Simplificado, o dada la complejidad de la propuesta de operación, la Dirección de Investigación, por medio del DCC, requerirá a la Notificante, de conformidad con el tercer párrafo del numeral 2 del artículo 14 de la LDC, la presentación de cierta información requerida en el *Formulario Ordinario* y cualquier otra información adicional que a su criterio sea conducente para la evaluación de la propuesta de operación.

19. Solicitud de Mayor Análisis por parte de la Dirección de Investigación: La Dirección de Investigación, en todos los casos, podrá requerir que el Directorio declare que la propuesta de operación necesita mayor análisis.

20. Notificación de Modificaciones Relevantes: Las Notificantes informarán inmediatamente a la CONACOM sobre cualquier modificación relevante de los términos planteados inicialmente en la operación de concentración que pueda afectar al análisis de esta.

21. Operaciones con efectos en otros países: Respecto de aquellas propuestas de operaciones que tengan efectos en otros países, las Notificantes deberán indicar si las mismas ya se han sometido o se proyectan someter a la autorización de las agencias de competencia de dichos países, identificando éstas y sus respectivos países y las decisiones o pronunciamientos que ya se hubieren emitido al respecto.

22. Autorización para compartir información confidencial con agencias extranjeras: Las Notificantes podrán autorizar a la CONACOM y a

las agencias de competencia de los países respectivos, durante la tramitación del proceso de análisis de la propuesta de operación, a compartir información confidencial relativa a la Operación notificada, lo cual permitirá no solo realizar un análisis y emitir decisiones más consistentes, sino que facilitará y acelerará la revisión de los casos.

IV. ANEXO I: FORMULARIO ORDINARIO DE NOTIFICACIÓN.

El Formulario Ordinario de Notificación está diseñado para aquellas operaciones de concentración que, por su magnitud, la complejidad de los mercados afectados, o la posible generación de efectos significativos sobre la competencia, requieran un análisis exhaustivo por parte de la CONACOM. Aunque el objetivo general del nuevo instructivo es agilizar todos los trámites, este formulario está concebido para asegurar que la autoridad disponga de toda la información necesaria para una evaluación completa y rigurosa de los posibles efectos anticompetitivos de la operación proyectada.

Entre los aspectos más destacados que se solicitan en el Formulario Ordinario, se incluyen:

1. **Identificación Detallada de las Partes:** Se exige información completa y precisa sobre las empresas participantes en la operación, incluyendo su estructura societaria, filiales, subsidiarias y personas relacionadas. Esta información permite a la CONACOM comprender la verdadera dimensión y alcance de las entidades involucradas y su interconexión.
2. **Descripción Pormenorizada de la Operación:** Las partes deben describir con precisión la naturaleza de la concentración (fusión, adquisición de control, creación de *joint venture*, etc.), los activos o participaciones que se transfieren, y la justificación económica y estratégica de la misma. Se requiere una explicación clara de la transacción propuesta.
3. **Información Financiera Relevante:** el *Formulario* requiere información detallada sobre el volumen de facturación y activos de las partes en Paraguay y, si aplicara, también a nivel global. Esta información es crucial para determinar si la operación supera los umbrales de notificación establecidos en la *Ley de Defensa de la Competencia* y para evaluar la magnitud económica de la concentración.
4. **Restricciones accesorias:** el formulario exige la declaración de la existencia o no de cláusulas restrictivas de la competencia; y, en su caso, su duración, contenido y justificación.

5. Definición y análisis de mercados relevantes: Este es un punto crítico para la evaluación de la CONACOM. Se exige a las partes que identifiquen y definan los mercados de productos o servicios y geográficos relevantes afectados por la operación. Esto incluye tanto los mercados horizontales (donde las partes compiten directamente) como los verticales (donde una parte es proveedor o cliente de la otra) o conglomerados. Se debe proporcionar información detallada sobre la estructura de estos mercados, incluyendo el número de competidores, su participación de mercado, las barreras de entrada existentes, y la presencia de regulación específica que pueda influir en la dinámica competitiva.

6. Efectos Competitivos de la Operación: Las partes deben realizar una autoevaluación de los posibles efectos anticompetitivos de la concentración, argumentando por qué la operación no generaría una restricción significativa de la competencia. Esto puede incluir el análisis de las eficiencias que la operación podría generar, la existencia de contrapesos competitivos (como el poder de compra de los clientes), y la ausencia de creación o refuerzo de poder de mercado.

7. Documentación de Soporte: El formulario exige la presentación de una serie de documentos anexos que respaldan la información declarada. Esto incluye, pero no se limita a, contratos de la operación, informes anuales, estados financieros, estudios de mercado, planes de negocio, y cualquier otra información o documento alguno que hubiere sido obtenido que sea relevante para el análisis.

La exhaustividad del Formulario Ordinario busca asegurar que la CONACOM disponga de toda la información necesaria desde el inicio del proceso, minimizando la necesidad de requerimientos adicionales de información y contribuyendo, de esta manera, a la reducción de los plazos totales del procedimiento.

V. ANEXO II: FORMULARIO SIMPLIFICADO DE NOTIFICACIÓN.

El Formulario Simplificado de Notificación es la innovación más destacada del nuevo instructivo y la herramienta clave para agilizar la tramitación de las operaciones de concentración menos complejas. Este formulario está diseñado específicamente para aquellas concentraciones que, por sus características intrínsecas, presentan una baja probabilidad de generar efectos negativos sobre la competencia. El objetivo principal es que estas operaciones puedan ser aprobadas en la primera etapa del procedimiento (30 días hábiles), liberando recursos de la CONACOM para el análisis de casos más complejos y reduciendo significativamente la carga administrativa y los costos para las empresas.

El *Instructivo*, como hemos visto, establece criterios claros para determinar qué operaciones pueden acogerse al procedimiento simplificado. El *Formulario Simplificado*, en contraste con el ordinario, requiere una menor cantidad de información y documentación. Se centra en la información esencial para confirmar que la operación cumple con los criterios de aplicación del procedimiento simplificado, tales como:

1. **Identificación detallada de las Partes:** Datos esenciales y documentos respaldatorios de las empresas involucradas, representantes y responsables de la notificación, la estructura de propiedad y control y los estados financieros.
2. **Descripción de la Operación:** Naturaleza, características y dimensión de la propuesta de operación, copia de los documentos que instrumentan la operación, volumen de negocios y valor de la operación.
3. **Restricciones Accesorias:** el formulario exige la declaración de la existencia o no de cláusulas restrictivas de la competencia; y, en su caso, su duración, contenido y justificación.
4. **Definición de mercados relevantes:** Como ya señaláramos más arriba, este es un punto crítico para la evaluación de la CONACOM. Las partes están obligadas a identificar y delimitar los mercados relevantes de producto y geográficos impactados por la operación. Esto incluye tanto los mercados horizontales (donde las partes compiten directamente) como los verticales (donde una parte es proveedor o cliente de la otra) o conglomerados. Las partes deben aportar información detallada sobre la configuración de dichos mercados, incluyendo el número de competidores, su participación de mercado, las barreras de entrada existentes, y cualquier regulación específica que pueda incidir en el funcionamiento competitivo del sector.
5. **Información sobre autorizaciones en otras jurisdicciones:** En caso de que la Notificante cuente con operaciones en el extranjero, debe detallar los países en los que la operación de concentración ya ha sido notificada o se proyecta notificar. Las notificantes podrán autorizar a la CONACOM y a las agencias de competencia de los países respectivos a compartir información relativa a la propuesta de operación notificada.
6. **Declaración Jurada sobre los Criterios de Simplificación:** Las partes deben declarar bajo juramento y justificar de manera concisa por qué la operación califica para el procedimiento simplificado, asegurando que no se presenta ninguna de las circunstancias que impedirían su aplicación.



La implementación de este Formulario Simplificado no solo busca reducir drásticamente los tiempos de aprobación para operaciones de bajo riesgo, sino que también pretende fomentar la eficiencia en la gestión de casos por parte de la CONACOM y permitir a las empresas una planificación más ágil y certera de sus operaciones. Sin embargo, es fundamental que las empresas que opten por esta vía realicen una autoevaluación exhaustiva y honesta para asegurar que su operación realmente cumple con los criterios de simplificación, ya que una presentación incorrecta podría resultar en la exigencia del Formulario Ordinario y, consecuentemente, en una prolongación de los plazos.

OTROS ANEXOS Y CONSIDERACIONES GENERALES

Además de los Anexos I y II, el Instructivo incluye otros anexos (III, IV y V) que complementan el marco procedural, proporcionando formularios, modelos o directrices adicionales que contribuyen a la claridad y eficiencia del proceso. Si bien no son los centrales para la clasificación de la notificación, son cruciales para la correcta tramitación y el cumplimiento de todos los requisitos formales y sustantivos.

Es importante destacar la responsabilidad de las empresas y sus asesores en la provisión de información veraz, completa y oportuna. La omisión, falsedad o inexactitud en los datos suministrados puede acarrear consecuencias indeseadas como la prolongación de los tiempos de análisis de la operación.

VII. CONCLUSIÓN

La aprobación del nuevo *Instructivo para la notificación de operaciones de concentración* por parte de la Comisión Nacional de la Competencia de Paraguay es un paso trascendental en el fortalecimiento y la modernización del sistema de control de fusiones en el país. Al establecer un marco más claro, eficiente y adaptado a las diversas tipologías de operaciones, la CONACOM no solo busca reducir los tiempos de tramitación y las cargas administrativas, sino también fomentar un ambiente de negocios más dinámico, predecible y competitivo.

La distinción y el detalle de los *Formularios Ordinario* y *Simplificado* son el corazón de esta reforma, ya que permiten a la autoridad de competencia enfocar sus recursos en las operaciones que verdaderamente requieren un escrutinio profundo, mientras que las concentraciones con bajo riesgo competitivo pueden ser aprobadas con la celeridad que los mercados demanden. Este enfoque demuestra un compromiso con la aplicación efectiva de la *Ley de Defensa de la Competencia*, al tiempo que se promueve la eficiencia económica y la seguridad jurídica en Paraguay, elementos esenciales para el desarrollo y la integración del Mercosur. La CONACOM, con esta medida, reafirma su rol activo y proactivo en la promoción

de un mercado competitivo y equitativo, contribuyendo al crecimiento económico sostenible de la región.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 50/2025. 29 de mayo de 2025. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 29/2021. 23 de marzo de 2021. Recuperado de: https://drive.google.com/file/d/1JwNs eS0ARFauHYuPCtN8vHvhRZviKPf9/view*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 72/2016. 18 de noviembre de 2016. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1fgHMn71WBzMFn6o8v9mLoKT4Hr-Xk_ZI/view>*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 53/2021. 30 de junio de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1Jn6_I54aScKY9FqrdAeEjJa8xYNau8SZ/view>*

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Resolución D/AL N° 51/2021. 25 de junio de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/10y2WPQiF5jKGuXoVZDKviHRHtm_Nxy_b/view>*

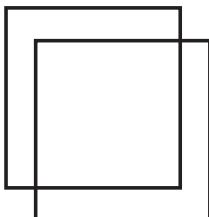
PARAGUAY. ABOGACÍA DEL TESORO. Dictamen N° 221 del 23 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1OwDnqDQ2kAMdbCBdn6EdzDrE4h34-tmS/view>

PARAGUAY. DIRECCIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN. Dictamen 01/2021 del 23 de marzo de 2021. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1YxyskX9y1nhIC5iUKEaOFgvidUDfjUHk/view>

PARAGUAY. Decreto N.º 1490/2014, por el cual se reglamenta la Ley N.º 4956/2013 de Defensa de la Competencia. 8 de mayo de 2014.

PARAGUAY. Ley N° 4956/2013 de Defensa de la Competencia, art. 29, inc. d.

PARAGUAY. COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. *Instructivo para la notificación de las operaciones de concentración. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/1kQGEge6dL1wSLnPj9mFgO2DoOxdqw-sD/view>*



Juegos de Azar y Competencia en el Mercosur: Análisis de los Modelos Regulatorios de Paraguay y Chile

Jogos de azar e concorrência no Mercosul: análise dos modelos regulatórios do Paraguai e do Chile

Vanessa Facuse^{*1}

Maria Luisa Ilharreborde^{*2}

RESUMEN

Este artículo analiza los modelos regulatorios de los juegos de azar en Paraguay y Chile, con especial énfasis en la regulación de las plataformas de apuestas en línea. Se examinan las opiniones emitidas por la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) de Paraguay en relación con las modificaciones legislativas de la Ley N° 1016/97, las cuales han buscado liberalizar el sector. Se compara este enfoque con el proyecto de ley chileno que propone la regulación de los casinos en línea. El objetivo es ofrecer una perspectiva desde la política de competencia para el Mercosur, identificando los desafíos y oportunidades en la apertura de estos mercados. Se argumenta a favor de marcos regulatorios que fomenten la competencia, la transparencia y la protección al consumidor, evitando la creación de monopolios o barreras artificiales a la entrada. Este análisis subraya la importancia de un diseño regulatorio basado en la evidencia y en los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, crucial para la integración y el desarrollo armónico del sector a nivel regional.

RESUMO

Este artigo analisa os modelos regulatórios dos jogos de azar no Paraguai e no Chile, com especial ênfase na regulamentação das plataformas de apostas online. São examinadas as opiniões emitidas pela Comissão Nacional da Concorrência (CONACOM), autoridade concorrencial do Paraguai, em relação às modificações legislativas da Lei nº 1016/97, que buscaram liberalizar o setor. Esta abordagem é

¹ Socia Bofill Escobar Silva Abogados. Abogada, Universidad de Chile. Fundadora y Presidenta de Red Procompetencia. Fue Jefa de la División Litigios y Coordinadora de Mercados Regulados de la Fiscalía Nacional Económica. Diplomada en Derecho Informático y de las Telecomunicaciones y Diplomada en Derecho Administrativo, Economía y Libre Competencia de la Universidad de Chile. Diplomada en Derecho Sancionador Económico por la Universidad de Los Andes, Chile.

² Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Master of Laws (LL.M.) the University of California, Berkeley (EE.UU.); Diplomada en Libre Competencia por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Profesora de Derecho de la Libre Competencia en la Economía Digital en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; Coordinadora Ejecutiva del Programa de Libre Competencia UC.

comparada com o projeto de lei chileno que propõe a regulamentação dos cassinos online. O objetivo deste artigo é oferecer uma perspectiva a partir da política de concorrência para o Mercosul, identificando os desafios e oportunidades na abertura desses mercados. Argumenta-se a favor de marcos regulatórios que promovam a concorrência, a transparéncia e a proteção ao consumidor, evitando a criação de monopólios ou barreiras artificiais à entrada. Esta análise destaca a importância de um design regulatório baseado em evidências e nos princípios de necessidade, proporcionalidade e não discriminação, essenciais para a integração e o desenvolvimento harmonioso do setor em nível regional.

I. INTRODUCCIÓN

La industria de los juegos de azar, tradicionalmente marcada por regulaciones restrictivas y, en muchos casos, por estructuras de monopolio o de oligopolio limitado, ha experimentado una profunda transformación global. La irrupción de las plataformas de apuestas en línea, facilitada por el auge de internet y la ubicuidad de los dispositivos móviles, ha desdibujado las fronteras geográficas y ha introducido nuevas dinámicas competitivas. Este fenómeno ha obligado a los estados a reevaluar sus marcos normativos, buscando un equilibrio entre la protección del interés público (prevención de la ludopatía, lucha contra el lavado de dinero, recaudación fiscal) y la promoción de un mercado abierto, transparente e innovador. En el contexto de bloques regionales como el Mercosur, estas discusiones adquieren una relevancia particular, ya que las divergencias regulatorias pueden generar arbitraje y distorsiones transfronterizas.

Este artículo se propone analizar críticamente dos experiencias regulatorias en América del Sur que ilustran los desafíos y oportunidades inherentes a la modernización de los marcos normativos de los juegos de azar en línea: Paraguay y Chile. En Paraguay, la Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM) ha desempeñado un papel activo y fundamental a lo largo de 2024 al emitir una serie de opiniones técnico-jurídicas sobre diversos proyectos de ley que buscan modificar y ampliar la Ley N° 1016/97, que rige la explotación de los juegos de suerte o de azar en el país. Estas opiniones, han delineado una postura clara a favor de la liberalización y la remoción de barreras a la entrada, constituyendo un caso relevante para el estudio de la intervención de las autoridades de competencia en el diseño regulatorio.

Paralelamente, en Chile, la discusión de un proyecto de ley que propone regular las plataformas de apuestas en línea ha generado un intenso debate. Si bien esta iniciativa busca dotar de un marco legal a una actividad que ha operado en un *vacio regulatorio*, ha sido objeto de críticas desde la óptica de la competencia, particularmente por el posible establecimiento de un periodo de “black out” para

los operadores existentes y la concesión de un *trato preferencial a la empresa estatal* Polla Chilena de Beneficencia. La situación chilena, por ende, ofrece una perspectiva contrastante sobre los riesgos que pueden surgir en la transición hacia un mercado regulado si no se aplican consistentemente los principios de política de competencia.

Además de la regulación de las apuestas en línea, la experiencia chilena se enriquece con el análisis de su marco regulatorio para casinos físicos, establecido por la Ley N° 19.995, y las recientes acciones de aplicación del derecho de competencia en este sector. La Fiscalía Nacional Económica (FNE) recientemente ha acusado a los principales operadores de casinos terrestres de colusión en licitaciones de permisos de operación, lo que subraya la importancia de una vigilancia constante y una aplicación rigurosa de las normas de competencia, incluso en mercados ya formalmente regulados.³

El objetivo central de este artículo es doble. En primer lugar, se analizará de forma detallada las propuestas regulatorias en Paraguay y Chile, aplicando un *marco analítico de política de competencia* basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Esta aproximación permitirá identificar las fortalezas y debilidades de cada modelo, así como las potenciales distorsiones de mercado. En segundo lugar, se extraerán *lecciones clave* de ambos casos para formular *propuestas de política de competencia para los países del Mercosur*. La experiencia de estos dos países, con sus similitudes y marcadas diferencias, servirá como un insumo valioso para la construcción de marcos regulatorios que promuevan mercados de juegos de azar en línea que sean simultáneamente dinámicos, eficientes, seguros y justos, contribuyendo así a la integración económica y al desarrollo armónico de la región.

II. DESARROLLO

1. El Paradigma de Liberalización en Paraguay: Las Opiniones de la CONACOM (2022-2024).

El sector de los juegos de azar en Paraguay ha estado históricamente caracterizado por una regulación restrictiva, que se remonta a la Ley N° 1016/97. Esta normativa original, nacida en un contexto de control estatal y de oligopolio, establecía, entre otras disposiciones, *derechos de exclusividad* en la explotación de

³ En octubre de 2024, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) contra Dreams, Enjoy, Marina del Sol y cinco de sus altos directivos, acusándolos de haberse coludido para afectar el resultado de las licitaciones de permisos de operación de casinos a nivel nacional realizadas por la Superintendencia de Casinos de Juegos (SCJ) en 2020 y 2021. “Requerimiento de la FNE contra Dreams S.A. y otros”: <https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-a-dreams-enjoy-marina-del-sol-y-a-cinco-de-sus-altos-directivos-por-colusion-en-llicitaciones-de-permisos-de-operacion-de-casinos-realizadas-en-2020-y-2021/>

ciertos juegos y *limitaciones geográficas* para la habilitación de casinos.⁴ Si bien las motivaciones iniciales de estas restricciones podían vincularse a la recaudación fiscal, el control social y la prevención de externalidades negativas, la evolución tecnológica y de mercado ha puesto en evidencia la *ineficiencia de un modelo excesivamente rígido*.

En este escenario, CONACOM, en el ejercicio de su mandato de *defender y promover la libre competencia en los mercados* (Ley N° 4956/2013, art. 1º), ha asumido un rol proactivo a través de su función de abogacía. A lo largo de 2022, 2023 y, de manera destacada, en 2024, CONACOM ha emitido una serie de opiniones sobre proyectos de ley que buscaban modificar la Ley N° 1016/97, sentando las bases para la posterior promulgación de la Ley N° 7438/2025. Su análisis se ha fundamentado rigurosamente en la *Guía para la Regulación con Criterios de Competencia*, que a su vez se basa en la *Guía de Herramientas para la Evaluación de la Competencia* de la OCDE, aplicando consistentemente los principios de *necesidad, proporcionalidad y no discriminación*.⁵

Una de las principales barreras identificadas y criticadas por CONACOM ha sido la *concesión con derechos de exclusividad*. La Ley N° 1016/97 otorgaba exclusividad a nivel nacional para juegos como la quiniela, lotería instantánea, apuestas deportivas y telebingo, y limitaba a un único local por departamento o municipio para otros juegos como el bingo.⁶ CONACOM argumentó que tales exclusividades constituyen *claras barreras regulatorias* que limitan el número y la variedad de proveedores, pudiendo dar lugar a *precios de monopolio y problemas de poder de mercado*.⁷ La autoridad paraguaya ha enfatizado que la exclusividad solo podría justificarse para fomentar inversiones sustanciales en infraestructura que difícilmente ocurrirían sin incentivos garantizados, pero que esto requeriría un *completo estudio de las circunstancias del mercado*.⁸ En este sentido, un dictamen de la asesoría externa de la Comisión Nacional de Juegos de Azar (CONAJZAR), citado por CONACOM, ya había sugerido que *determinados juegos no deberían ser exclusivos*, abriendo la puerta a la competencia si el mercado lo permitiera.⁹

Los proyectos de ley analizados en 2024, y que antecedieron a la Ley N° 7438/2025, incorporaron en gran medida las recomendaciones de CONACOM. El

⁴ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 1

⁵ CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 2-3.

⁶ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 4.

⁷ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 8.

⁸ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 8.

⁹ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 8-9.

*Proyecto de Ley que modifica y amplía la Ley N° 1016/1997*¹⁰ propuso una significativa liberalización al modificar artículos clave como el 21, eliminando el “carácter de exclusividad” para los juegos de azar a nivel nacional e introduciendo la figura de “casinos online” sin exclusividad previa.¹¹ De manera similar, los artículos 22 y 23, referidos a juegos departamentales y municipales, fueron actualizados para suprimir la exclusividad y las cantidades restrictivas.¹²

Un punto central en las propuestas legislativas para la reforma a la *Ley N° 1016/1997*, fue la modificación del artículo 8º de la *Ley N° 1016/1997*, estableciendo que las concesiones serán otorgadas a “al menos tres mejores oferentes presentados”.¹³ Esta propuesta, si bien representa un avance sustancial hacia un modelo más competitivo, no estuvo exenta de preocupaciones para CONACOM. La autoridad de competencia advirtió sobre la posibilidad de que la *fijación de una cantidad mínima de concesionarios* (tres) pudiera generar problemas si no había suficientes oferentes elegibles o si los procesos de licitación no lograban adjudicar todas las plazas. En tal escenario, se corría el riesgo de *comprometer la continuidad de la explotación* y de descartar oferentes calificados, sugiriendo la necesidad de procedimientos claros para estos casos.¹⁴

Además, CONACOM puso de manifiesto que la limitación a un número fijo de operadores, incluso si es mayor a uno, podría *incentivar la colusión* entre los oferentes para presentar cánones bajos, reduciendo así la recaudación del Estado.¹⁵ En un análisis retrospectivo, la CONACOM ha enfatizado que la fijación de la cantidad de concesiones debería ser delegada a la autoridad reguladora -CONAJZAR- y no ser rígidamente establecida por ley, para permitir una mayor adaptabilidad a las condiciones del mercado y evitar barreras injustificadas a la competencia.¹⁶ La CONACOM también ha insistido en la necesidad de evitar la adjudicación de múltiples concesiones a empresas del mismo grupo económico, ya que podría mermar los beneficios procompetitivos de la apertura.¹⁷

10 CONACOM, Opinión D/06/2024.

11 CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 5.

12 CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 5.

13 CONACOM, Opinión D/09/2023, p. 4.

14 CONACOM, Opinión D/09/2023, p. 9.

15 CONACOM, Opinión D/09/2023, p. 9-10.

16 CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 10.

17 CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 11.



En cuanto a las *restricciones geográficas para casinos*, la Ley N° 1016/97 solo permitía su operación en ciertas ciudades y departamentos, limitando además la cantidad de casinos por población, lo que generaba una *barrera geográfica de acceso al mercado*.¹⁸ CONACOM argumentó que esta limitación no se justificaba plenamente, especialmente considerando el *potencial del sector para fomentar el turismo y el desarrollo económico regional*.¹⁹ El proyecto de ley que antecedió a la Ley N° 7438/2025, propuso abrir la posibilidad de explotar casinos en *todos los departamentos de la República*, lo que ha sido valorado positivamente por CONACOM. Aunque se mantiene una limitación basada en la población para más de un casino, esta restricción es atenuada por la exigencia de licitación y una duración máxima no prorrogable de la concesión (20 años), elementos que fomentan un mayor nivel de competencia.²⁰

En síntesis, la posición de CONACOM ha sido un *pilar fundamental* en la orientación de la reforma legislativa paraguaya hacia un mercado de juegos de azar más competitivo. Los proyectos de ley analizados en 2024, que antecedieron a la Ley N° 7438/2025, incorporaron en gran medida las recomendaciones de CONACOM. La promulgación de la Ley N° 7438/2025, con fecha del 3 de enero de 2025, y publicada el 6 de enero de 2025, ratifica esta senda al modificar artículos clave de la Ley N° 1016/1997, como el Artículo 21, que elimina el carácter de exclusividad para la explotación de juegos de azar a nivel nacional, incluyendo ahora el “Casino Online”. Además, la ley revisa y amplía la lista de juegos de azar autorizados, y faculta a CONAJZAR a establecer nuevas modalidades. Un cambio significativo es la facultad de otorgar concesiones a las “mejores ofertas presentadas”, incluyendo la posibilidad de hasta 3 concesiones para Quiniela y Apuestas Deportivas. En cuanto a los casinos, la Ley N° 7438/2025 permite su explotación en Asunción y en todos los departamentos de la República, con la posibilidad de más de un casino en ciudades o departamentos con más de 250.000 habitantes, y establece un plazo máximo de concesión de 20 años no prorrogables. Si bien los avances son notables, la autoridad ha mantenido una vigilancia constante sobre el diseño de las nuevas reglas, insistiendo en la necesidad de un análisis integral y riguroso para eliminar barreras que no cumplan con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y para asegurar que la recaudación fiscal y los objetivos sociales no se logren a expensas de la eficiencia y la libre concurrencia. La promulgación de la Ley N° 7438/2025, si bien no es objeto de un análisis exhaustivo en este artículo, se enmarca en esta senda de apertura y racionalización regulatoria que CONACOM ha promovido activamente.

¹⁸ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 11.

¹⁹ CONACOM, Opinión D/11/2022, p. 13.

²⁰ CONACOM, Opinión D/06/2024, p. 14.

2. El Marco Regulatorio de Casinos de Juego en Chile y el Proyecto de Ley de Regulación de Plataformas de Apuestas en Línea: Entre la Formalización y las Distorsiones de Competencia

2.1 La Ley N° 19.995: Bases para la Autorización, Funcionamiento y Fiscalización de Casinos de Juego Terrestres

La Ley N° 19.995, promulgada el 7 de enero de 2005, constituye la piedra angular del marco legal para la autorización, funcionamiento y fiscalización de los casinos de juego terrestres en Chile. Su objetivo principal es establecer las bases generales para estas actividades, así como para los juegos de azar que en ellos se desarrolle.

La ley enfatiza el fuerte control regulatorio del Estado, justificándolo en “consideraciones de orden público y seguridad nacional” y en el “carácter excepcional de su explotación comercial”.²¹ Esta justificación es fundamental para entender la estructura de mercado que la ley ha propiciado. El marco legal estableció un número limitado de licencias, con un máximo de veinticuatro casinos a nivel nacional. En términos de distribución geográfica, la Ley N° 19.995 permite hasta tres casinos por región (excluyendo la Región Metropolitana), con una exigencia de distancia mínima de 70 kilómetros viales entre ellos, salvo en la comuna de Arica. Las licencias otorgadas tienen una duración de 15 años. Este esquema, si bien buscaba ordenar el sector, en la práctica, configuró un mercado regulado con una suerte de permiso de operación que inicialmente se asemejó a un monopolio y que ha evolucionado hacia un oligopolio altamente concentrado.

La Ley N° 19.995 también creó la Superintendencia de Casinos de Juego (SCJ), un organismo clave encargado de regular y fiscalizar las operaciones de los casinos, con la misión de promover un desarrollo eficiente, responsable y transparente del sector bajo altos estándares de cumplimiento. Entre sus funciones principales se encuentran otorgar, denegar, renovar y revocar los permisos de operación, homologar las máquinas e implementos de juego, fiscalizar las operaciones y actuar ante los tribunales de justicia contra la explotación ilegal de juegos de azar. Es importante destacar que la jurisdicción de la SCJ se limita a los casinos creados bajo la Ley N° 19.995, distinguiéndose de los casinos que operan bajo concesiones municipales.²² El proceso de otorgamiento de permisos se realiza a través de licitaciones competitivas, y los operadores solo pueden

²¹ Ley N°19.995 Establece Las Bases Generales Para La Autorización, Funcionamiento Y Fiscalización De Casinos De Juego.

²² En Chile, los casinos creados bajo concesiones municipales son aquellos que fueron otorgados por las municipalidades antes de la entrada en vigencia de la Ley de Casinos (Ley N° 19.995) y que aún no han migrado al régimen general de la ley. Estos casinos se rigen por las condiciones establecidas en sus respectivos contratos de concesión municipal.

explotar los juegos de azar autorizados por la ley y sus reglamentos, y siempre que cuenten con la licencia correspondiente.

Este marco normativo revela una filosofía regulatoria centrada en un estricto control estatal y una entrada limitada al mercado, justificada por preocupaciones de interés público. Sin embargo, este enfoque, si bien busca orden y seguridad, crea inherentemente una estructura de mercado de altas barreras y oligopolística. Esta configuración, con un número reducido de operadores y licencias de larga duración, puede generar incentivos para prácticas anticompetitivas, ya que los actores existentes buscan mantener su posición y evitar la competencia real, especialmente en los procesos de renovación de permisos.

La existencia de un mercado de casinos terrestres robusto, aunque concentrado, bajo la Ley N° 19.995, complejiza la noción de un “vacío regulatorio” para el juego en línea en Chile. Esto pone de manifiesto una inconsistencia regulatoria, donde el Estado ejerce un control estricto sobre un segmento del juego, mientras permite que otro opere en una *zona gris*.

2.2 El Proyecto de Ley de Regulación de Plataformas de Apuestas en Línea: Desafíos de Competencia

En contraste con el proceso paraguayo de liberalización de un sector ya formalizado, la discusión regulatoria en Chile aborda un desafío distinto: *formalizar una actividad que ha operado en una zona gris de la legalidad*. Las plataformas de apuestas en línea han proliferado en el país, operando de facto sin un marco legal específico que las regule. Esta situación ha generado un debate sobre su “ilegalidad”, argumento que ha sido desestimado por la jurisprudencia chilena. La *Corte Suprema*, en el caso “*Cortés con Uber Chile SpA*” (2017), estableció un precedente crucial al señalar que una actividad no puede considerarse ilegal por la mera ausencia de regulación legal.²³ El fallo argumentó que, si una ley no prohíbe expresamente una actividad, los particulares pueden ejercerla, en virtud de los derechos a la libertad de trabajo y a desarrollar cualquier actividad económica lícita. Esta doctrina es directamente aplicable a las plataformas de apuestas en línea en Chile, que, a falta de prohibición expresa, han operado bajo este principio.

El “Proyecto de Ley que regula el desarrollo de las plataformas de apuesta en línea”²⁴, ingresado al Congreso Nacional en marzo de 2022, busca subsanar este vacío y establecer un marco normativo para esta creciente industria. Sus objetivos son ambiciosos: *generar un mercado competitivo, resguardar la fe pública, proteger*

²³ *Cortés con Uber Chile SpA*. Sentencia Rol N° 19.012-2017.

²⁴ Boletín N° 14.838-03

la salud y seguridad de los jugadores (incluyendo la prevención de la ludopatía y la protección de menores), *aumentar la recaudación fiscal y transparentar los orígenes y el destino de los recursos* para prevenir el lavado de activos. El proyecto propone un sistema de licencias (generales de hasta 5 años y especiales de hasta 60 días), cuya fiscalización recaería en una renombrada “Superintendencia de Casinos, Apuestas y Juegos de Azar”.

Sin embargo, a pesar de sus declarados objetivos de competencia, el proyecto chileno introduce *mecanismos que podrían generar serias distorsiones de mercado y afectar negativamente la libre competencia*. El punto más controvertido es el posible “*periodo de black out*” o *cese temporal de operaciones* para los actuales operadores de plataformas en línea. El proyecto no contempla una disposición transitoria que permita a estas empresas continuar operando mientras tramitan sus licencias. Esto implicaría que, una vez promulgada la ley, los operadores que no posean una nueva licencia (cuya obtención se estima podría demorar al menos un año) se verían obligados a cesar sus actividades, bajo pena de sanciones administrativas y penales.

Este “black out” forzado tendría múltiples efectos perjudiciales. Primero, generaría una *barrera artificial a la entrada y la continuidad en el mercado*, obligando a empresas con inversiones significativas y bases de usuarios consolidadas a retirarse temporalmente. En industrias tecnológicas, que a menudo operan bajo el principio de “winner takes all”, una interrupción tan prolongada puede implicar la *pérdida de cuotas de mercado, inversiones hundidas y ventajas competitivas* difíciles de recuperar. Segundo, y quizás lo más preocupante, es que esta interrupción no eliminaría la demanda de los consumidores por apuestas en línea. Por el contrario, como se ha observado en otras jurisdicciones (e.g., prohibición de criptomonedas en India), la salida de operadores regulados o con altos estándares puede llevar a la *proliferación de un “mercado negro”* de menor calidad, sin las protecciones al consumidor ni los mecanismos de trazabilidad de fondos, lo que socavaría los propios objetivos de la ley. La *American Gaming Association (AGA)* ha cuantificado el impacto del mercado ilegal en Estados Unidos, estimando miles de millones de dólares en ingresos perdidos y riesgos elevados para los consumidores.²⁵

Un segundo aspecto altamente problemático es el *trato diferenciado en favor de Polla Chilena de Beneficencia*²⁶. El proyecto de ley propone otorgarle a esta empresa estatal una licencia general de operación de pleno derecho y sin más

25 AGA, *Sizing the Illegal and Unregulated Gaming Markets in the US*, 2022, p. 3.

26 Decreto Ley Nro. 1.298 que circunscribe la organización, administración, operación y control a la Polla Chilena de Beneficencia. Por su parte, el Reglamento respectivo establece que, las apuestas se pueden realizar por plataformas electrónicas, pero deben ser determinadas, definidos y autorizados por dicha empresa estatal. Por lo anterior de acuerdo al ordenamiento legal vigente las apuestas deportivas corresponden de manera exclusiva y excluyente a Polla Chilena de Beneficencia S.A.

trámite por ocho años, además de eximirla de una serie de estándares técnicos que sí deberán cumplir las empresas privadas. Esta disposición *viola flagrantemente el principio de neutralidad competitiva*, un pilar fundamental del derecho y política de competencia, que exige que todas las empresas, públicas y privadas, compitan en función de sus propios méritos, sin ventajas indebidas otorgadas por el Estado.²⁷ La Constitución Política de Chile, en su artículo 19 N°21, ya establece la sujeción de las empresas estatales a la legislación común aplicable a los particulares, salvo motivos justificados y ley de quórum calificado. Este trato asimétrico podría crear un *monopolio temporal* en favor de Polla Chilena, con el consiguiente perjuicio para la competencia, la innovación y el bienestar del consumidor, además de contradecir los propios objetivos del proyecto de ley.

La experiencia internacional ofrece modelos de transición más eficientes y procompetitivos. En Chile, la *Ley Fintech N°21.521* y la *Ley EAT -Empresas de Aplicaciones de Transporte*, Ley N°21.553 - han implementado disposiciones transitorias que permiten a los operadores existentes continuar prestando servicios mientras tramitan su registro o licencia, evitando interrupciones forzadas. De igual forma, el *Glücksspielstaatsvertrag* alemán (2020) permitió a las empresas existentes continuar operando bajo la nueva ley si cumplían inmediatamente con sus disposiciones, sin necesidad de un cese de operaciones. Estos ejemplos demuestran que es posible diseñar marcos regulatorios que formalicen un mercado sin desincentivar la competencia ni perjudicar a los consumidores durante la transición.

En síntesis, el proyecto de ley chileno, a pesar de su intención de regular un mercado incipiente, contiene elementos que, desde la perspectiva de la competencia, son *altamente preocupantes*. La imposición de un “black out” y el trato privilegiado a un actor estatal no solo minan los principios de libre concurrencia y neutralidad competitiva, sino que también podrían tener consecuencias contraproducentes en la lucha contra el mercado ilegal y en la protección de los consumidores.

3. Análisis Comparativo y Propuestas de Política de Competencia para el Mercosur.

Los casos de Paraguay y Chile, en sus procesos de reforma regulatoria del sector de juegos de azar en línea, si bien responden a contextos y necesidades diferentes, ofrecen una rica base para un análisis comparativo y la formulación de propuestas de política de competencia para el Mercosur.

27

OECD, Recommendation of the Council on Competitive Neutrality, 2021.

a) Similitudes:

Ambos países reconocen la necesidad de formalizar y regular un mercado de juegos de azar en línea en expansión. Comparten objetivos como el aumento de la recaudación fiscal, la protección al consumidor -especialmente menores y personas con ludopatía- y la prevención de actividades ilícitas como el lavado de dinero. En ambos casos, las autoridades de competencia los análisis académicos han resaltado la importancia de los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en el diseño regulatorio. Además, ambos países se enfrentan a la coexistencia de operadores internacionales que ya cumplen con altos estándares de regulación en otras jurisdicciones -como Malta-, lo que plantea la cuestión de cómo integrar a estos actores en los nuevos marcos.

b) Diferencias y Lecciones:

1. *Punto de Partida Regulatorio y Visión de Apertura:*

- *Paraguay:* Parte de un *marco legal preexistente de fuerte monopolio y exclusividad* (Ley N° 1016/97). La intervención de CONACOM ha sido un motor clave para transitar hacia un modelo más liberal, con la introducción de un *mínimo de tres concesionarios* en lugar de un único operador. La crítica de CONACOM se centra en la rigidez de esta cantidad mínima y la necesidad de mayor flexibilidad delegada al regulador. *La lección aquí es el papel crucial de la abogacía de la competencia para desmantelar estructuras monopolísticas históricas y promover la apertura.*
- *Chile:* Aborda un *mercado de facto preexistente en un vacío legal*. El proyecto chileno busca formalizarlo, pero introduce elementos (el “black out” y el trato a Polla Chilena) que, paradójicamente, *podrían crear nuevas barreras a la entrada y distorsiones monopólicas o de neutralidad competitiva*. *La lección es que la formalización de un mercado no regulado debe ser cuidadosamente diseñada para no generar nuevas distorsiones, y la ausencia de regulación previa no implica que cualquier regulación sea mejor.*

2. *Transiciones Regulatorias y Continuidad de Mercado:*

- *Paraguay:* No se observa una preocupación explícita



en las opiniones de CONACOM sobre un “black out” para operadores existentes, posiblemente porque el proceso se enfoca en la apertura de licitaciones.

- *Chile:* La amenaza del “periodo de black out” para operadores existentes es una *preocupación central*. La comparación con la Ley Fintech y la Ley EAT en Chile, y con el *Glücksspielstaatsvertrag* alemán, subraya la viabilidad de *mecanismos transitorios que permitan la continuidad de operaciones* mientras se cumplen los nuevos requisitos, siempre que los operadores demuestren estándares de calidad. *La lección fundamental es que la interrupción forzada de mercados preexistentes es contraproducente para la competencia y puede fomentar el mercado ilegal.*

3. Neutralidad Competitiva y Rol de las Empresas Estatales:

- *Paraguay:* Si bien la Ley N° 1016/97 implicaba la existencia de monopolios, las últimas opiniones de CONACOM no abordan explícitamente el trato a empresas estatales en el marco de los proyectos de ley de 2024. Sin embargo, la insistencia en eliminar la exclusividad y la promoción de un mínimo de tres operadores sugiere un movimiento hacia la *equiparación de condiciones*.
- *Chile:* El trato privilegiado a Polla Chilena es una *clara violación del principio de neutralidad competitiva*. Al otorgar una licencia automática y exenciones de estándares técnicos, el Estado crea una asimetría que *distorsiona la competencia* y desincentiva la inversión privada. *La lección es la necesidad imperativa de aplicar el principio de neutralidad competitiva para evitar que las empresas estatales gocen de ventajas indebidas, lo cual es perjudicial para la competencia y la eficiencia del mercado.*

Propuestas de Política de Competencia para el Mercosur:

A la luz de estas experiencias, los países del Mercosur, en sus propios procesos de modernización regulatoria de los juegos de azar en línea, deberían considerar las

siguientes directrices de política de competencia:

1. *Apertura de Mercado y Flexibilidad en el Licenciamiento:*

- *Principio General:* La regulación debe promover la apertura de mercados, eliminando monopolios y exclusividades injustificadas.
- *Regulación Dinámica:* Evitar fijar rígidamente en la ley el número exacto de licencias disponibles. En su lugar, otorgar a las autoridades reguladoras la *flexibilidad para determinar la cantidad de concesiones* (o licencias) basada en estudios de mercado continuos y los principios de competencia, lo que permite una adaptación ágil a la evolución de la demanda y la oferta.
- *Criterios Claros y No Discriminatorios:* Los procesos de licitación o licenciamiento deben ser transparentes, con criterios de evaluación claros que no discriminen entre operadores nacionales e internacionales, siempre que cumplan con los estándares exigidos.

2. *Transiciones Regulatorias Inteligentes y Procompetitivas:*

- *Evitar “Blackouts” Forzados:* Es crucial que las nuevas normativas no generen interrupciones abruptas en la operación de los mercados de facto existentes. Las experiencias de la Ley Fintech y la Ley EAT en Chile, así como el modelo alemán, demuestran la viabilidad de *mecanismos transitorios que permitan a los operadores existentes continuar sus actividades* mientras se adecúan al nuevo marco legal. Esto evita la pérdida de inversión, la afectación a los consumidores y la proliferación de mercados ilegales.
- *Registro y Monitoreo durante la Transición:* Durante el periodo de transición, se podría establecer un registro provisional para los operadores existentes que demuestren cumplir con estándares internacionales reconocidos (e.g., licencias de Malta, certificaciones GLI), garantizando así un nivel básico de protección y trazabilidad.



3. Neutralidad Competitiva como Principio Innegociable:

- *Igualdad de Condiciones:* Las empresas estatales que operen en el mercado de juegos de azar en línea deben estar sujetas a *las mismas regulaciones, obligaciones y estándares* que las empresas privadas. Cualquier excepción o ventaja debe ser mínima, estrictamente justificada por una falla de mercado comprobada y aprobada por una ley de alto quórum.
- *Supervisión Activa de la Neutralidad:* Las autoridades de competencia del Mercosur deberían tener la facultad de *monitorear y actuar contra prácticas que violen la neutralidad competitiva*, aplicando las herramientas de abogacía y, si es necesario, las sanciones correspondientes por abuso de posición dominante o ayudas de estado.

4. Fortalecimiento Institucional y Coordinación Regional:

- *Rol de las Autoridades de Competencia:* Es fundamental que las autoridades de competencia de los países del Mercosur -como CONACOM- sean *consultadas activamente y de manera vinculante* en el proceso de diseño y reforma de la regulación de juegos de azar. Su experticia en análisis de mercados y detección de barreras es invaluable.
- *Estudios de Impacto Regulatorio Continuos:* Los gobiernos deben comprometerse a realizar *evaluaciones ex-ante y ex-post* de las normativas, respaldadas por estudios técnicos económicos, sociológicos y tecnológicos, para asegurar que la regulación sea efectiva, proporcional y se adapte a la evolución del mercado.
- *Armonización y Cooperación Regional:* Dado el carácter transfronterizo de los juegos de azar en línea, los países del Mercosur deberían explorar mecanismos de *cooperación y armonización regulatoria*. Esto podría incluir el *intercambio de información* sobre operadores

ilegales -listas negras como las europeas-, prácticas de lavado de dinero, y la adopción de *estándares técnicos y de protección al jugador comunes*.²⁸ La experiencia de la Unión Europea en la cooperación en materia de bloqueo de sitios web, bloqueo de pagos y regulación de la publicidad puede ser un modelo a seguir, adaptado a las particularidades del Mercosur.²⁹

III. CONCLUSIÓN

La modernización de la regulación de los juegos de azar en línea es una asignatura pendiente y urgente para muchos países de la región Mercosur. Los casos de Paraguay y Chile, con sus respectivas trayectorias y propuestas legislativas, ofrecen un *laboratorio de aprendizaje* para abordar este desafío. Mientras que Paraguay, impulsado por la abogacía de la CONACOM, parece encaminarse hacia un modelo más abierto y competitivo, desmantelando exclusividades históricas, el proyecto chileno, a pesar de su propósito formalizador, corre el riesgo de crear nuevas distorsiones por la vía de transiciones mal diseñadas y la vulneración de la neutralidad competitiva.

La principal lección es que la *política de competencia no es un accesorio, sino un pilar fundamental* en el diseño de una regulación eficiente y justa para los juegos de azar en línea. Ignorar los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, o introducir ventajas indebidas para actores estatales, no solo genera mercados menos dinámicos e innovadores, sino que también socava los propios objetivos de protección pública, al incentivar la fuga de operadores a mercados informales y la proliferación del juego ilegal. La experiencia de la *American Gaming Association (AGA)* en EE. UU. ha demostrado cómo los mercados ilegales no solo privan al Estado de ingresos fiscales, sino que también exponen a los consumidores a riesgos severos.³⁰

Para los países del Mercosur, el camino a seguir implica una *estrategia integral y coordinada*. Se debe fomentar activamente la *apertura de los mercados* a una pluralidad de operadores, estableciendo marcos de licenciamiento transparentes y eficientes. Es crucial implementar *transiciones regulatorias “inteligentes”*, que permitan a los operadores existentes que cumplen con altos estándares de calidad -como los certificados en Malta o por GLI- continuar sus operaciones mientras

²⁸ Hörnle, J., Evaluation of Regulatory Tools, 2018, p. 15.

²⁹ Hörnle, J., Evaluation of Regulatory Tools, 2018, p. 13-20.

³⁰ AGA, Sizing the Illegal and Unregulated Gaming Markets in the US, 2022, p. 3-4.

se adecuan a las nuevas normativas, evitando períodos de “black out” que solo benefician al mercado negro. El principio de *neutralidad competitiva debe ser inquebrantable*, asegurando que todas las empresas compitan en igualdad de condiciones, sin importar su origen o propiedad.

Finalmente, la *cooperación regional* es indispensable. La armonización de ciertos estándares, el intercambio de información sobre operadores y prácticas ilícitas, y la adopción de enfoques conjuntos para el combate del juego ilegal transfronterizo, son elementos clave para construir un ecosistema de juegos de azar en línea que sea robusto, responsable y pro-competitivo en toda la región del Mercosur. La integración económica no solo se logra a través del comercio de bienes, sino también mediante la convergencia en el diseño de políticas públicas que promuevan la competencia y el bienestar en sectores económicos dinámicos como el de los juegos de azar.

REFERENCIAS

American Gaming Association (AGA). (2022). *Sizing the Illegal and Unregulated Gaming Markets in the United States*. Noviembre 2022.

Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). (2022). *Opinión del Directorio D/11/2022: Concesión con derecho de exclusividad en algunos juegos de azar conforme a la Ley N° 1016/97 “Que establece el régimen jurídico para la explotación de los juegos de suerte o de azar”*. Asunción, 23 de diciembre de 2022.

Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). (2023). *Opinión del Directorio D/04/2023: Licitación Pública N° 1/2022 para la concesión de la explotación del juego de azar denominado “apuestas deportivas”, Título II, Artículo 3 numeral 8 de la Ley N° 1016/97*. Asunción, junio de 2023.

Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). (2023). *Opinión del Directorio D/09/2023: Proyecto de Ley Que modifica los artículos 8°, 11°, 13°, 21°, 22° y 23° de la Ley 1016/1997 Que establece el régimen jurídico para la explotación de los juegos de suerte o de azar*. Asunción, 27 de noviembre de 2023.

Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). (2024). *Opinión del Directorio D/04/2024: Proyecto de Ley Que modifica los artículos 8°, 11°, 13°, 21°, 22° y 23° de la Ley N° 1016/1997 Que establece el régimen jurídico para la explotación de los juegos de suerte o de azar*. Asunción, 12 de septiembre de 2024.

Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM). (2024). *Opinión del Directorio D/06/2024: Proyecto de Ley Que modifica y amplía la Ley N° 1016/1997 ‘Que establece el régimen jurídico para la explotación de los juegos de suerte o de azar’*. Asunción, 11 de diciembre de 2024.

Cortés con Uber Chile Spa. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 19.012-2017, 7 de septiembre de 2017.

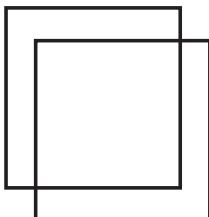
Fiscalía Nacional Económica (FNE). *Requerimiento de la FNE contra Dreams S.A. y otros* (2024). Requerimiento de fecha 3 de octubre de 2024. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/fne-acusa-a-dreams-enjoy-marina-del-sol-y-a-cinco-de-sus-altos-directivos-por-colusion-en-licitaciones-de-permisos-de-operacion-de-casinos-realizadas-en-2020-y-2021/>

Hörnle, J., Littler, A., Tyson, G., Padumadasa, E., Schmidt-Kessen, M. J., & Ibosiola, D. I. (2018). *Evaluation of Regulatory Tools for Enforcing Online Gambling Rules and Channelling Demand towards Controlled Offers*. European Commission. Noviembre 2018.

OECD. (2021). *Recommendation of the Council on Competitive Neutrality*. Adopted by the Council at Ministerial Level on 31 May 2021.

REPÚBLICA DEL URUGUAI
COMISIÓN DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Presidente: Daniel Ferrés





Defensa de la competencia en las compras públicas en Uruguay: Actualidad y desafíos

Defesa da concorrência nas compras públicas no Uruguai: Atualidade e desafios

Ec. Martín Sequeira

RESUMEN

El presente artículo analiza la intersección entre la defensa de la competencia y el régimen de compras públicas en Uruguay, destacando su relevancia económica y su potencial para impulsar un gasto público más eficiente y un desempeño empresarial alineado con las reglas de competencia. Se examinan los cambios normativos recientes, en particular la tipificación “per se” de ciertas prácticas anticompetitivas y la creación de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), así como riesgos como la colusión, el abuso de posición dominante y el *interlocking* en licitaciones. También se revisa el desempeño de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (COPRODEC), señalando la necesidad de fortalecer sus capacidades técnicas, recursos y potestades. En este marco, se proponen recomendaciones para mejorar la coordinación interinstitucional, incorporar análisis preventivos en los pliegos y dotar a la COPRODEC de mayores recursos, subrayando que su consolidación institucional y el marco normativo en evolución ofrecen un escenario propicio para que las compras públicas se consoliden como motor de transparencia, eficiencia y competencia.

Palabras clave: defensa de la competencia, compras públicas, licitaciones, *interlocking*, colusión, eficiencia del gasto público.

RESUMO

O presente artigo analisa a interseção entre a defesa da concorrência e o regime de compras públicas no Uruguai, destacando sua relevância econômica e seu potencial para impulsionar um gasto público mais eficiente e um desempenho empresarial alinhado às regras de concorrência. Examinam-se as recentes mudanças normativas, em particular a tipificação *per se* de certas práticas anticompetitivas e a criação da Agência Reguladora de Compras Estatais (ARCE), além de riscos como a colusão, o abuso de posição dominante e o *interlocking* diretorates em licitações. Também

se revisa o desempenho da Comissão de Promoção e Defesa da Concorrência (COPRODEC), apontando a necessidade de fortalecer suas capacidades técnicas, recursos e poderes. Nesse contexto, propõem-se recomendações para melhorar a coordenação interinstitucional, incorporar análises preventivas nos editais e dotar a COPRODEC de mais recursos, ressaltando que sua consolidação institucional e o marco normativo em evolução oferecem um cenário favorável para que as compras públicas se consolidem como motor de transparéncia, eficiência e concorrência.

Palavras-chave: defesa da concorrência; compras públicas, licitações; *interlocking directorates*; colusão; eficiência do gasto público.

1. INTRODUCCIÓN.

Las compras públicas representan un componente esencial del funcionamiento del Estado, no solo por su peso presupuestal, sino también por su rol como motor indirecto del desarrollo económico y social. A nivel global, el gasto público en adquisiciones alcanza entre un 10% y un 15% del producto interno bruto, de acuerdo con estimaciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), porcentaje que en Uruguay se sitúa en el entorno del 7,3% del PIB, evidenciando su impacto en la economía local (Observatorio de Compras Públicas, ARCE, 2023). Esta magnitud convierte a la contratación pública en una herramienta poderosa para incidir en los niveles de competencia, promover la innovación y apoyar el desarrollo de proveedores nacionales.

En economías pequeñas y abiertas como la uruguaya, con mercados de pocos proveedores y alta dependencia de bienes importados, las compras públicas pueden constituir uno de los principales canales para estimular la actividad empresarial local y mejorar la eficiencia del gasto público. No obstante, la realidad muestra que el diseño y ejecución de los procesos de compra están sujetos a múltiples desafíos. Entre ellos se destacan: la existencia de estructuras de mercado concentradas, la limitada capacidad técnica de algunos organismos compradores y reguladores, y la prevalencia de procedimientos que a menudo priorizan el cumplimiento formal sobre los incentivos económicos que garantizarían la mejor relación calidad-precio.

Como señalan Ferreira (2021) y el Banco Mundial (2017), los sistemas de contratación pública se han edificado históricamente desde la óptica del derecho administrativo y la contabilidad financiera, priorizando principios como publicidad, igualdad, transparencia y buena fe. Si bien estos son fundamentales para salvaguardar el manejo responsable de fondos públicos, no siempre incorporan de forma efectiva reglas que promuevan la competencia. Esto genera un espacio donde las compras

pueden ejecutarse cumpliendo la normativa, pero sin necesariamente maximizar los beneficios económicos o garantizar procesos genuinamente competitivos.

Por otra parte, el peso de las compras estatales como proporción del PIB otorga al Estado un rol que va más allá de ser un simple consumidor: se transforma en un actor capaz de influir en la estructura del mercado, fomentar la diversificación productiva, y establecer estándares que luego se trasladan al sector privado. Esta doble dimensión (garante del interés público y agente económico relevante) exige que la contratación estatal sea abordada no solo desde la óptica del control formal, sino también desde el fortalecimiento de la competencia y la eficiencia económica.

La utilización de procedimientos competitivos en la contratación pública genera múltiples beneficios que trascienden el ahorro fiscal directo. Al fomentar la concurrencia de distintos oferentes, se incrementa la presión competitiva, lo que conduce a precios más eficientes, mejora la calidad de los bienes y servicios adquiridos, y estimula la innovación por parte de los proveedores. Además, procesos abiertos y transparentes amplían las oportunidades de participación, permitiendo la inclusión de pequeñas y medianas empresas y contribuyendo a una distribución más equitativa del gasto estatal. Todo esto fortalece la confianza en la administración pública y crea incentivos para un mercado más dinámico, donde el Estado no solo actúa como comprador, sino también como promotor de buenas prácticas comerciales. En tal sentido, la promoción de la competencia se constituye en un vector de acción más que relevante en el ámbito de las compras públicas, al potenciar la eficiencia del gasto, garantizar la asignación óptima de recursos y consolidar un entorno económico que favorezca el desarrollo sostenible. En tal sentido, y pese a los desafíos que se identifican a lo largo del análisis, puede anticiparse que Uruguay avanza de manera firme hacia la integración de la perspectiva de competencia en las compras públicas. La trayectoria de la COPRODEC, respaldada por un marco normativo en constante evolución, permite proyectar un fortalecimiento sostenido de sus capacidades y un horizonte más promisorio en la medida en que las reformas se implementen y consoliden.

En definitiva, el presente artículo se propone analizar la intersección entre la defensa de la competencia y el régimen de compras públicas en Uruguay, identificando avances recientes, riesgos latentes y oportunidades para optimizar la contribución de la contratación pública al desarrollo del país. El mismo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se analizan los cambios normativos recientes vinculados a la compra pública y al régimen de competencia; en la tercera sección se describen las prácticas anticompetitivas en el marco de las compras

públicas, ilustrando riesgos y ejemplos concretos; posteriormente, se examina el desempeño de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (COPRODEC, en adelante) en materia de compras públicas, seguido de los desafíos identificados para avanzar hacia un sistema más competitivo, concluyendo finalmente con una conclusión que recoge las principales reflexiones del trabajo.

2. CAMBIOS NORMATIVOS RECENTES

En el año 2019 se introdujo un cambio normativo de especial relevancia, introducido por la Ley N° 19.833 (entrando en vigencia en el año 2020), que modificó sustancialmente la Ley N° 18.159 de Defensa de la Competencia. Esta norma incorporó un nuevo artículo 4 bis, donde se establecen expresamente un conjunto de prácticas anticompetitivas prohibidas “*per se*”, es decir, conductas que son ilícitas por su sola realización, sin necesidad de demostrar efectos restrictivos concretos en el mercado. Entre ellas se incluyen los acuerdos entre competidores para fijar precios de compra o venta, limitar o controlar la producción, repartirse zonas o mercados, o manipular licitaciones públicas o privadas, entre otras.

Este cambio legislativo tiene profundas implicancias para el análisis y la detección de prácticas anticompetitivas, por parte de la COPRODEC en el ámbito de las compras estatales, pues exime a la autoridad de competencia de realizar un análisis exhaustivo de balances de eficiencia o de probar efectos anticompetitivos en el caso concreto. Al tratarse de infracciones tipificadas como “*per se*”, basta con acreditar la existencia del acuerdo o práctica concertada para que se configure la conducta prohibida. Esto no solo agiliza los procedimientos, sino que otorga a los organismos contratantes y a la propia COPRODEC una herramienta más directa para actuar frente a indicios claros de colusión o coordinación indebida, reforzando así la protección de la competencia en procesos licitatorios y en última instancia la eficiencia del gasto público.

Sumado a ello, se debe destacar que el sistema de compras públicas uruguayo ha experimentado un proceso de modernización institucional relevante, que culminó con la sanción de la Ley N° 19.996 en noviembre de 2021, creando la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE, en adelante). Este nuevo órgano surge de la fusión de la Unidad Centralizada de Adquisiciones (UCA) y de la Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE), unificando funciones regulatorias y operativas antes dispersas, con el objetivo de dotar al país de un organismo único, con independencia técnica y presupuestal, especializado en planificar, coordinar, fiscalizar y modernizar la contratación pública.

ARCE asumió un rol integral que incluye: elaborar directrices y procedimientos uniformes para todos los organismos, administrar el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE) y el Sistema de Información de Compras y Contrataciones del Estado (SICE), operar el Observatorio de Compras Estatales, promover compras coordinadas a través de convenios marco y gestionar el Portal Único de Compras Públicas, consolidando la información y trazabilidad del gasto público. Gracias a su estructura jurídica como entidad pública no estatal, cuenta con mayor flexibilidad operativa para celebrar contratos técnicos y ejecutar proyectos de mejora continua.

Este rediseño institucional no es casual: responde a un diagnóstico crítico plasmado en los ejercicios MAPS (Methodology for Assessing Procurement Systems) realizados en Uruguay en 2015 y su actualización en 2019, que señalaron la necesidad de profesionalizar el sistema, estandarizar criterios y robustecer la planificación estratégica de las compras públicas. A nivel de resultados, se han consolidado herramientas como los convenios marco y catálogos electrónicos, se amplió la base estadística y se avanzó en la generación de indicadores para medir desempeño y participación.

Sin embargo, la literatura advierte (Ferreira, 2020; Burguez, 2020) que persisten grandes desafíos. El alto porcentaje de compras directas (alrededor del 77% del total de procedimientos) muestra que muchos organismos siguen optando por modalidades menos competitivas. Este fenómeno se debe tanto a la flexibilidad permitida por el marco normativo como a las limitaciones técnicas de los compradores públicos, que enfrentan alta rotación, falta de formación específica y escasos incentivos para sofisticar el diseño de los contratos.

Así lo evidencia el estudio empírico de Ferreira (2020), que al analizar datos entre 2014 y 2019 encuentra que la discrecionalidad en los procedimientos, los plazos exiguos de presentación de ofertas y el bajo uso de plataformas electrónicas tienen efectos directos en el precio pagado por el Estado. Esto refuerza la importancia de la labor de ARCE como autoridad reguladora para estandarizar procesos, fijar criterios técnicos claros y capacitar a los responsables de compras.

Asimismo, la creación del Observatorio de Compras Estatales abre la puerta a potenciar mecanismos de detección temprana de irregularidades o patrones de escasa concurrencia que pueden indicar problemas de competencia. El desafío es consolidar un sistema que no solo garantice transparencia y cumplimiento formal, sino que maximice el valor público mediante adquisiciones abiertas, eficientes y orientadas a resultados.

3. PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL MARCO DE LAS COMPRAS PÚBLICAS

El riesgo de prácticas anticompetitivas en la contratación pública es elevado, dado el volumen económico que representan, su previsibilidad y su naturaleza regulada. En este contexto, la Ley N° 18.159 de Defensa de la Competencia (2007) establece un marco amplio que prohíbe acuerdos o prácticas que tengan por objeto o efecto restringir, falsear o impedir la competencia, aplicable a todas las actividades económicas, incluidas las que surgen en el ámbito de la contratación con el Estado. Su artículo 4 enumera una serie de prácticas expresamente prohibidas, tales como los acuerdos entre competidores para fijar precios de compra o venta, la manipulación de licitaciones públicas o privadas, el reparto de mercados o zonas geográficas, y la limitación o el control de la producción o comercialización de bienes y servicios. Este catálogo alcanza de forma directa a la coordinación de posturas en licitaciones, que puede traducirse en ofertas de cobertura, alternancia de ganadores o incluso desistimientos concertados, todos mecanismos que desvirtúan el proceso competitivo.

Por su parte, el artículo 5 prohíbe el abuso de posición dominante, entendido como la explotación injustificada de una posición económica que permita impedir, restringir o distorsionar la competencia en un mercado relevante. Esto cobra especial relevancia en los procesos de contratación pública cuando un oferente con gran capacidad instalada o fuerte presencia en el mercado utiliza su peso para imponer condiciones excesivas, desplazar competidores o aplicar descuentos selectivos que desalienten la participación de rivales. A su vez, el artículo 6 prevé sancionar concentraciones económicas que tengan por efecto una disminución sustancial de la competencia, lo que puede incluir fusiones o adquisiciones que terminen restringiendo la rivalidad en sectores que son proveedores habituales del Estado. Este marco normativo busca asegurar que tanto en el ámbito privado como en las contrataciones públicas no se produzcan acuerdos colusorios ni prácticas abusivas que afecten el interés general. Sin embargo, dada la complejidad técnica y las dificultades probatorias que implica demostrar este tipo de conductas en licitaciones, resulta indispensable complementar estas disposiciones con medidas preventivas, guías orientativas para los compradores y capacidades efectivas de investigación por parte de las autoridades competentes.

En cuanto al control del gasto público, Uruguay cuenta con instrumentos ex post, como auditorías de la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP) y el Tribunal de Cuentas de la República (TCR, en adelante), que se centran en

la supervisión formal, jurídica y contable. El TCR, como órgano extrapoder con autonomía técnica y administrativa consagrada en el artículo 208 de la Constitución, tiene como misión ejercer el control externo de la gestión financiera del Estado, asegurando la legalidad, regularidad y eficiencia en el uso de los recursos públicos. En materia de contrataciones, realiza un control preventivo de legalidad sobre los actos administrativos que generan gasto o comprometen fondos públicos, revisando pliegos, adjudicaciones y contratos antes de que se efectúen los pagos. De este modo, contribuye a resguardar principios esenciales como igualdad, publicidad y transparencia.

No obstante, tal como subraya Burguez (2020), este sistema pone el foco en la regularidad formal y carece de mecanismos preventivos específicos que integren la perspectiva de competencia en el diseño de los procedimientos. Este vacío puede abrir espacios para conductas colusorias, que se manifiestan en licitaciones mediante acuerdos para alternar ganadores, repartos informales del mercado o exclusiones artificiales a través de exigencias técnicas que solo un oferente está en condiciones de cumplir.

Frente a estos riesgos, la Guía sobre Contratación Pública y Competencia, publicada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España en el año 2011, ofrece un referente valioso que puede trasladarse a realidades como la uruguaya. Esta guía subraya la importancia de escoger el procedimiento adecuado, privilegiando procesos abiertos por sobre licitaciones restringidas o negociadas sin publicidad, que si bien pueden ser legítimas en ciertos casos, reducen la transparencia y limitan la concurrencia. Asimismo, advierte contra la inclusión de criterios de solvencia o requisitos técnicos desproporcionados, que terminan actuando como verdaderas barreras de entrada. Por ejemplo, exigir una facturación mínima excesivamente alta o antecedentes demasiado específicos puede excluir a competidores perfectamente capaces, consolidando el dominio de los actores instalados.

La Guía destaca además la necesidad de fijar plazos razonables para presentar ofertas, ya que convocatorias con tiempos muy breves benefician casi exclusivamente a quienes ya conocen el mercado, obstaculizando el ingreso de nuevos participantes. En esa línea, recomienda dividir las contrataciones en lotes siempre que sea posible, para permitir que empresas más pequeñas puedan participar sin verse forzadas a cubrir la provisión total. También resalta la importancia de extremar la publicidad y asegurar el acceso equitativo a la información, mediante plataformas electrónicas abiertas y la difusión anticipada de pliegos, evitando circulaciones restringidas o

comunicaciones informales que podrían favorecer a ciertos oferentes. Finalmente, propone la realización de análisis ex post para detectar patrones sospechosos (como alternancia sistemática de adjudicatarios o precios inusitadamente similares) fomentando que los compradores públicos estén capacitados para reconocer indicios tempranos de colusión.

Uruguay ya ha avanzado en ciertos aspectos. El Portal Único de Compras Públicas, el pliego electrónico, el Observatorio de Compras Estatales y el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE) son herramientas que fortalecen la transparencia y reducen costos de entrada. Sin embargo, como advierte Ferreira (2020), persisten prácticas que desalientan la competencia, tales como convocatorias con plazos mínimos, cobro por pliegos que desincentiva especialmente a MIPYMES, y criterios técnicos que, muchas veces sin intención directa, terminan restringiendo la participación. En este sentido, la detección temprana de indicios, la elaboración de pliegos estándar con criterios claros y transparentes, la promoción de convocatorias amplias que incentiven la concurrencia, así como una sinergia efectiva entre la COPRODEC, ARCE y el TCR, son elementos esenciales que pueden potenciar la competencia en las compras públicas, generando un círculo virtuoso en beneficio del Estado y de la eficiencia económica general.

4. DESEMPEÑO DE LA COMISIÓN

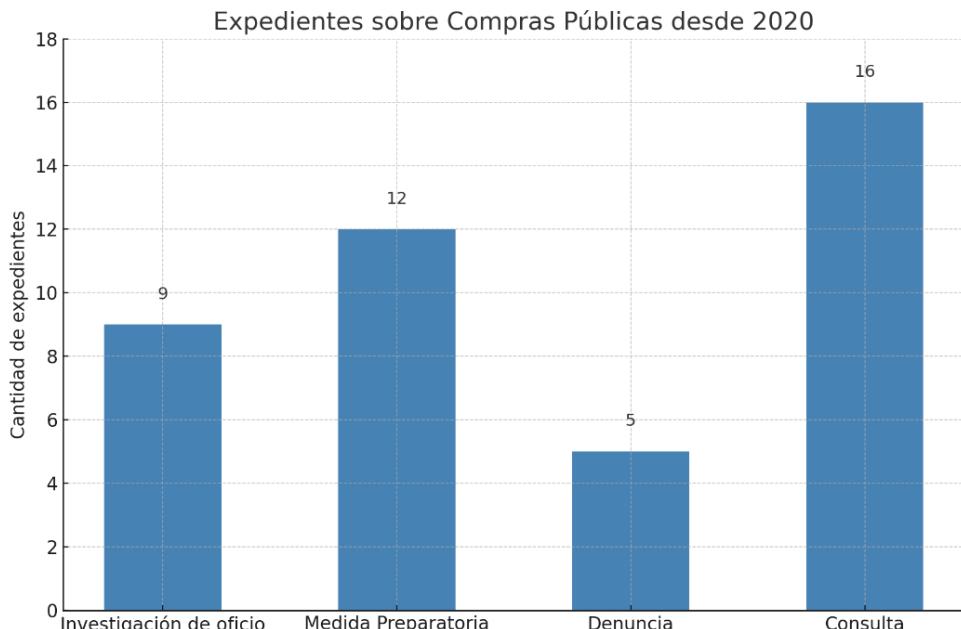
El desempeño de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (COPRODEC) puede analizarse a partir de su forma de actuación y del alcance real que han tenido sus investigaciones en el mercado uruguayo. Según lo establece la Ley N° 18.159, en sus artículos 8, 9 y 10, la Comisión tiene competencia para instruir, analizar y resolver procedimientos destinados a investigar prácticas anticompetitivas, pudiendo actuar tanto por denuncia formal presentada por particulares como de oficio cuando existan elementos que lo justifiquen. Además, cuenta con potestades para adoptar medidas preparatorias previas (artículo 9), recabando información de personas físicas o jurídicas públicas y privadas a fin de tomar conocimiento sobre actos o hechos relativos a la conformación de los mercados.

No obstante, la práctica muestra que las investigaciones de oficio emprendidas por la Comisión en la mayoría de los casos no se originan estrictamente por un impulso autónomo, sino que suelen estar precedidas por medidas preparatorias o consultas provenientes de algún agente privado, e incluso más frecuentemente por consultas de organismos públicos, en particular del TCR. Este último, en el ejercicio

de su control preventivo de legalidad sobre los procedimientos de contratación, remite habitualmente antecedentes o advertencias que derivan en actuaciones de la COPRODEC.

Esta dinámica refleja que, si bien la COPRODEC cuenta con el marco formal para actuar de oficio, en la práctica no ha desplegado plenamente las herramientas ni ejercido de manera sistemática las potestades que le permitirían asumir un rol más proactivo, incursionando directamente en el mercado o impulsando investigaciones por su propia iniciativa, sin esperar alertas externas. Así, se observa una estructura de trabajo predominantemente reactiva, donde el organismo responde a los casos que le llegan a través de denuncias o derivaciones, pero carece aún de una estrategia consolidada para ejercer un monitoreo continuo del funcionamiento competitivo de los mercados. Este escenario se debe en parte a que, como organismo relativamente reciente, la COPRODEC aún se encuentra afianzando sus procedimientos internos y construyendo experiencia operativa. En este sentido, la tendencia observada es de fortalecimiento gradual, lo que permite proyectar un rol cada vez más proactivo en la medida en que se consoliden sus equipos técnicos y se profundice la comprensión de su función en el ecosistema institucional.

Desde el año 2020, la COPRODEC ha tramitado un conjunto significativo de expedientes vinculados al ámbito de las compras públicas, reflejando el papel que desempeña como garante de la libre competencia también en este sector estratégico. Estos casos se han desarrollado bajo las distintas figuras procedimentales previstas en la Ley N° 18.159, tales como medidas preparatorias, consultas y, en mucha menor medida, investigaciones formales originadas en denuncias expresas. Este último punto no es menor: la escasa proporción de casos surgidos por denuncias podría evidenciar tanto un bajo conocimiento o comprensión del sistema de defensa de la competencia por parte de los operadores económicos, como la falta de campañas activas de promoción que impulsen a los actores a identificar y reportar posibles infracciones. En el peor escenario, podría incluso revelar la existencia de acuerdos colusorios estructurales tan arraigados que ninguno de los participantes encuentra incentivos para denunciar. La siguiente imagen refleja los expedientes tramitados desde el año 2020 vinculadas a las contrataciones públicas por parte de la COPRODEC.



Fuente: elaboración propia a partir de datos propios de la COPRODEC

Al examinar el origen de estos expedientes, se constata que la gran mayoría han sido iniciados a partir de consultas o remisiones provenientes del TCR, en ejercicio de su potestad constitucional de control preventivo de legalidad de los actos administrativos. Este tribunal, al analizar los procedimientos licitatorios desde el punto de vista jurídico-formal, detecta a menudo situaciones que considera podrían presentar riesgos desde la óptica de la libre competencia, remitiendo esos antecedentes a la COPRODEC para su análisis sustantivo. Dentro de este universo, predomina el examen de posibles casos de *interlocking*, es decir, situaciones donde una misma persona física (o conjunto de personas) participa como administrador, director o socio relevante en más de una empresa que compite en un mismo proceso de contratación pública.

El *interlocking*, según lo conceptualiza la OCDE (2009; 2012), constituye una estructura societaria o de gobernanza cruzada entre empresas competidoras, que si bien no implica por sí sola un acuerdo ilegal, sí puede facilitar el intercambio directo o indirecto de información comercial sensible. Esto eleva los riesgos de coordinación tácita o incluso de entendimientos explícitos que distorsionen el juego competitivo. En contextos de contratación pública, el *interlocking* se vuelve particularmente problemático, dado que los procedimientos licitatorios buscan justamente

fomentar la competencia para obtener mejores condiciones para el Estado. Cuando los órganos de dirección de las empresas licitantes comparten miembros o tienen vínculos societarios estrechos, se diluye el incentivo a competir con máxima intensidad, reduciéndose el número efectivo de postores independientes, lo que puede derivar en ofertas menos agresivas, rotación informal de adjudicaciones o estrategias alineadas que perjudican el interés general.

Este foco recurrente en analizar la existencia de nexos societarios o estatutarios entre oferentes es importante, pero también advierte sobre el riesgo de perder de vista un abanico más amplio de prácticas potencialmente restrictivas de la competencia que pueden afectar el normal desarrollo de los procesos licitatorios. Conductas como acuerdos de precios, pactos para alternar adjudicaciones, repartos geográficos de mercado o la utilización de ofertas de cobertura, pueden darse perfectamente sin necesidad de que exista un vínculo societario directo entre las empresas implicadas. A esto se suma otro factor relevante: los propios diseños de pliegos de bases y condiciones elaborados por los organismos públicos contratantes pueden, muchas veces sin intención, contener cláusulas que introducen barreras de entrada, requisitos desproporcionados o condicionamientos que limitan la concurrencia efectiva de oferentes, afectando así la competencia.

De allí la importancia de consolidar un enfoque analítico integral, que permita a la COPRODEC abarcar con igual rigurosidad tanto el examen de eventuales estructuras societarias cruzadas como la investigación de acuerdos colusorios entre empresas formalmente independientes, y la revisión crítica de los propios documentos licitatorios cuando surgen indicios de que podrían favorecer o facilitar comportamientos anticompetitivos. Este abordaje requiere, además, una mayor articulación y conectividad con ARCE, de modo que la información estratégica, los diagnósticos de riesgos y las eventuales alertas sobre procesos con baja concurrencia o resultados atípicos puedan ser compartidos y analizados en conjunto. Solo así se podrá garantizar un sistema de compras públicas que combine eficiencia económica, apertura efectiva del mercado y protección del interés general.

Dentro del accionar de la COPRODEC en esta materia, se destacan actuaciones que derivaron en la imposición de sanciones económicas por prácticas colusorias, configurándose acuerdos entre empresas para presentar ofertas coordinadas, compartir medios logísticos o alternar adjudicaciones, conductas tipificadas como infracciones “*per se*” por el artículo 4 de la Ley N° 18.159. Estas sanciones se dictaron considerando tanto la gravedad de la afectación al proceso competitivo como las circunstancias atenuantes, tales como el reconocimiento expreso de los hechos o la



colaboración brindada durante la instrucción.¹

Por otro lado, la Comisión ha emitido un conjunto de recomendaciones dirigidas a organismos contratantes, como ANCAP y ASSE, orientadas a fortalecer las bases de licitación y los pliegos de condiciones para desincentivar prácticas restrictivas de la competencia.² Estas recomendaciones se han centrado especialmente en la inclusión de cláusulas específicas que penalicen o directamente excluyan a oferentes que incurran en situaciones de *interlocking*, esto es, cuando empresas formalmente competitadoras comparten directa o indirectamente miembros en sus órganos de decisión, lo que eleva el riesgo de coordinación y disminuye la presión competitiva. Asimismo, se han formulado sugerencias para mejorar los criterios de adjudicación y transparentar los procedimientos, reduciendo así la posibilidad de entendimientos indebidos entre oferentes. Cabe destacar que, en el marco de la Resolución 79/025³, la Comisión dirigió recomendaciones expresas a la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), proponiendo ajustes normativos que fortalezcan la estructura de los pliegos tipo y refuerzen las salvaguardas procompetitivas en las futuras contrataciones públicas.

Asimismo, actualmente existen expedientes en etapa de finalización donde la evidencia reunida muestra indicios claros de coordinación entre oferentes, consistentes en la presentación de ofertas que exhiben patrones conjuntos, intercambio de recursos operativos o acuerdos indirectos para no disputarse adjudicaciones, comportamientos que están siendo evaluados con miras a posibles sanciones.

No obstante, el alcance y la efectividad de este accionar se han visto condicionados por limitaciones institucionales importantes, derivadas tanto de la escasa dotación técnica permanente con formación especializada en mercados regulados como de la falta de potestades investigativas plenas, por ejemplo la imposibilidad de realizar inspecciones y requisas sin necesidad de solicitar previamente autorización judicial, conforme lo exige actualmente el artículo 14 de la

¹ Expediente N.º 81/2021: ANCAP/ CANTERA DANILO DE LOS SANTOS SAS – Investigación de Oficio

² Expediente N.º 39/2020: TRIBUNAL DE CUENTAS - ASSE / Licitación Abreviada Nº 11/2020 - (Contratación de Suministro de Servicio de Lavadero para Hospital de Bella Unión). Oficio N° 1062/2020 - Medida Preparatoria; Expediente N.º 57/2020: TRIBUNAL DE CUENTAS - Licitación Pública Nº 3/2019; Expediente N.º 6/2021: TRIBUNAL DE CUENTAS / ANCAP - Contratación Directa por Excepción, art. 33 lit. D num. 4 TOCAF - (Trabajos en Yacimiento Nº 1). Oficio N° 157/2021 – Investigación de Oficio

³ Expediente 2023-5-1-0004044: TCR: UTE- Licitación Pública P 100063 “Transformadores de potencias mayores de 100KVA. - Consulta

Ley N° 18.159, lo cual reduce significativamente la capacidad de la COPRODEC para recolectar evidencia directa y oportuna, indispensable para sustentar decisiones firmes frente a conductas que suelen encubrirse bajo la apariencia de competencia normal. Este abanico de medidas (que abarca desde el archivo de actuaciones cuando no se configuran elementos suficientes, hasta recomendaciones preventivas y sanciones efectivas) refleja el accionar de la COPRODEC frente a un fenómeno complejo y muchas veces difícil de evidenciar, al tiempo que pone de manifiesto el desafío permanente de ampliar la mirada más allá del vínculo societario directo entre oferentes, explorando otros indicios que revelen posibles colusiones, e integrando de manera más coordinada sus esfuerzos con los organismos que diseñan y ejecutan las licitaciones, como la ARCE, para garantizar procesos verdaderamente competitivos en el ámbito estatal.

5. DESAFÍOS IDENTIFICADOS

Partiendo de lo expuesto, resulta claro que garantizar un sistema de compras públicas que fomente efectivamente la competencia no depende únicamente de sancionar las conductas anticompetitivas una vez consumadas. Implica, ante todo, desplegar un enfoque preventivo robusto, con pliegos cuidadosamente diseñados para estimular la participación, compradores capacitados para identificar tempranamente indicios de colusión y una coordinación institucional estrecha entre la ARCE, la COPRODEC, el TCR y, potencialmente, la sociedad civil, para alertar sobre irregularidades.

No obstante, el tránsito hacia este modelo competitivo y eficiente enfrenta múltiples desafíos. Algunos se vinculan a debilidades estructurales del propio sistema de compras, tales como la alta proporción de compras directas o la escasa planificación agregada que limita economías de escala. Otros guardan relación con restricciones normativas o presupuestales, que dificultan implementar mecanismos más avanzados de análisis de mercado o de monitoreo proactivo de licitaciones. También persisten prácticas arraigadas en la cultura organizacional de varios organismos compradores, que priorizan el cumplimiento formal o la rapidez del gasto por encima de la apertura efectiva de los procesos, generando un terreno fértil para prácticas anticompetitivas.

A ello se suma un aspecto institucional fundamental: la mayoría de los organismos llamados a desempeñar un papel activo en la promoción de la competencia en las compras públicas son relativamente recientes, aún en proceso de consolidar su impronta y su lugar dentro del ecosistema de compras estatales.



Esto se refleja en el propio desempeño de la COPRODEC, que ha procesado principalmente casos derivados por otros organismos y no por investigaciones autónomas, lo cual muestra la urgencia de robustecer sus capacidades. Identificar tempranamente estas necesidades resulta esencial para consolidar un sistema que, más allá del cumplimiento formal, proteja el erario y maximice el valor público mediante contrataciones abiertas, competitivas y coordinadas entre ARCE, COPRODEC, el TCR y actores sociales, garantizando una defensa de la competencia efectiva desde el diseño mismo de los procesos.

Este proceso supone no solo reforzar sus capacidades técnicas y humanas, sino también dotarlos de los recursos presupuestales necesarios para cumplir con mandatos crecientemente exigentes. Identificar tempranamente estas necesidades resulta esencial para consolidar un sistema que, más allá del cumplimiento formal, se enfoque en garantizar contrataciones estatales abiertas, competitivas y orientadas a maximizar el valor público. En particular, se debe dotar a la COPRODEC, de mayores recursos humanos, materiales y potestades que permitan abordar con eficacia los desafíos crecientes que plantea el control de prácticas restrictivas en el ámbito de las compras públicas. En primer lugar, resulta indispensable conformar un cuerpo técnico estable, con profesionales especializados y con trayectoria comprobada en análisis económico, derecho de la competencia y en la investigación de mercados, que puedan abordar con solvencia los casos complejos que se presentan. La estabilidad y formación continua de estos equipos es clave para garantizar evaluaciones rigurosas, consistentes en el tiempo y menos susceptibles a presiones coyunturales. En segundo término, es fundamental contar con fondos específicos que posibiliten la realización de estudios sectoriales detallados, especialmente en aquellos mercados que tienen una incidencia directa como proveedores del Estado. Esto incluye no solo el financiamiento de investigaciones internas, sino también la posibilidad de articular convenios interinstitucionales y contratar consultorías externas o centros académicos especializados que aporten diagnósticos independientes y metodologías avanzadas. Este tipo de análisis constituye un insumo esencial para dimensionar el grado de concentración, identificar riesgos de colusión y proponer medidas correctivas ajustadas a la realidad de cada sector.

Finalmente, se plantea la necesidad de modificar el régimen actual en materia de inspecciones, particularmente el artículo que regula las facultades para requerir información o documentos. Ello con el objetivo de habilitar la realización de inspecciones sin necesidad de una orden previa del juez, cuando existan indicios fundados que justifiquen actuar de forma inmediata para asegurar evidencia crítica.

Contar con potestades robustas de investigación directa es clave para recabar pruebas claras, directas y contundentes que respalden la imposición de sanciones o medidas correctivas. A su vez, dicho mecanismo preservaría plenamente las garantías de las partes, dado que cualquier acto administrativo dictado podría ser revisado y eventualmente revocado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA), manteniéndose el debido equilibrio entre eficacia investigativa y tutela de los derechos de los agentes económicos involucrados.

Sumado a ello, los esfuerzos que viene realizando la ARCE mediante diversas iniciativas ya mencionadas pueden contribuir significativamente a promover y ampliar la participación en los llamados, reduciendo así los riesgos de colusión y facilitando la detección de acuerdos anticompetitivos, en particular cuando un agente decide no adherir al pacto ilícito y revela irregularidades. Estas acciones, complementadas con actividades sistemáticas de promoción y capacitación sobre defensa de la competencia dirigidas tanto a organismos compradores como, especialmente, a proveedores, tienen el potencial de generar un círculo virtuoso que impulse un desempeño más eficiente y ágil de las compras públicas. De este modo, se logrará no solo maximizar el valor por el gasto realizado, sino también obtener un ahorro de recursos públicos, al asegurarse procesos abiertos, competitivos y orientados a obtener las mejores condiciones para el Estado.

6. CONCLUSIÓN

La intersección entre la defensa de la competencia y el régimen de compras públicas en Uruguay constituye un campo de alta relevancia económica e institucional. A lo largo de este análisis se evidenció que las compras estatales representan no solo una herramienta para la adquisición eficiente de bienes y servicios, sino también un instrumento estratégico para incentivar la competencia, diversificar la oferta y maximizar el valor público. Los recientes cambios normativos, tales como la tipificación “per se” de ciertas prácticas anticompetitivas, o la creación de la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE), han fortalecido el marco jurídico, proporcionando instrumentos más claros para la detección y sanción de conductas restrictivas. No obstante, persisten riesgos relevantes como la colusión entre oferentes, el abuso de posición dominante y el *interlocking* en licitaciones, los cuales pueden distorsionar las condiciones de mercado, reducir la participación de nuevos competidores y encarecer las compras públicas.

En este contexto, el papel de la COPRODEC resulta clave. Su labor en la revisión y análisis de procesos de contratación estatal ha permitido identificar

patrones y prácticas que afectan la competencia. Sin embargo, su accionar se ha caracterizado por un enfoque predominantemente reactivo, en gran parte basado en consultas o denuncias, lo que limita su capacidad de prevención temprana. Esto pone de manifiesto la necesidad de consolidar capacidades técnicas especializadas, ampliar la base de información disponible y contar con recursos financieros y humanos adecuados para una vigilancia más proactiva del mercado de compras públicas.

Pese a los avances recientes, existen limitaciones importantes frente a la realidad actual y a los cambios normativos en curso. El marco institucional todavía presenta debilidades en la coordinación efectiva entre los organismos clave (ARCE, COPRODEC y Tribunal de Cuentas), lo que puede redundar en duplicación de esfuerzos o vacíos de control. La elevada proporción de compras por excepción, los plazos reducidos para la presentación de ofertas, las exigencias técnicas desproporcionadas y la falta de estandarización en pliegos son factores que pueden restringir la competencia y favorecer la concentración. A ello se suma que las capacidades de monitoreo y control ex post, esenciales para detectar colusión u otras conductas restrictivas, se encuentran aún en desarrollo y dependen en gran medida de la iniciativa de los organismos de control.

Frente a este panorama, se plantean varias recomendaciones estratégicas. En primer lugar, fortalecer la coordinación interinstitucional entre ARCE, COPRODEC y TCR mediante protocolos claros de intercambio de información, alertas tempranas y planificación conjunta de auditorías. En segundo lugar, impulsar un enfoque preventivo que incorpore análisis de competencia en el diseño de pliegos, incluyendo mecanismos para incentivar la participación de nuevos oferentes, promover la innovación y evitar condiciones que favorezcan acuerdos colusorios. En tercer lugar, dotar a la COPRODEC de mayores facultades y recursos para realizar investigaciones de oficio, con acceso a bases de datos transversales y posibilidad de inspecciones sin autorización judicial en casos fundados. Finalmente, desarrollar programas de capacitación continua para compradores públicos y proveedores, fomentando una cultura procompetitiva y de transparencia que eleve los estándares de las contrataciones estatales.

De todas formas, cabe destacar que, más allá de las limitaciones actuales, la trayectoria de la COPRODEC muestra un avance constante en la aplicación de la política de competencia. Si bien persisten desafíos relevantes en materia de análisis y prevención de conductas anticompetitivas, es importante subrayar que la COPRODEC se encuentra en una etapa de consolidación institucional. Como

organismo de creación relativamente reciente, ha avanzado de manera progresiva en su rol de control y promoción de la competencia, impulsada por un marco normativo en evolución (con reformas en 2019 y 2022, y cambios adicionales en discusión) que refuerza sus competencias y su capacidad de actuación, en la medida en que el sistema político y la sociedad en su conjunto comprenden la importancia de su papel a través de intervenciones en casos de especial relevancia.

En suma, avanzar hacia compras públicas más competitivas y transparentes requiere un esfuerzo sostenido de articulación institucional, fortalecimiento de capacidades y compromiso político. La defensa de la competencia en este ámbito no debe concebirse como un control aislado, sino como un componente transversal que, bien implementado, puede generar beneficios duraderos sobre el sector público, los mercados y la ciudadanía.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Banco Mundial (2017). Mejor gasto público para mejores vidas: Cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos. Banco Mundial.

Burguez, I. (2020). La transparencia en las contrataciones públicas y el rol de las Organizaciones de la Sociedad Civil: situación actual y propuesta de mejora para el caso de Uruguay [Tesis de maestría, Universidad Nacional de San Martín].

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (2011). Guía sobre Contratación Pública y Competencia. CNMC.

Ferreira, N. (2020). Estrategia de adquisición en compras públicas: ¿cómo reducir el precio pagado por el Estado? El caso de Uruguay. Documento de Trabajo Nº 10/20. Universidad de la República.

MAPS Uruguay. (2015 y 2019). Evaluación del Sistema de Compras Públicas en Uruguay. MAPS.

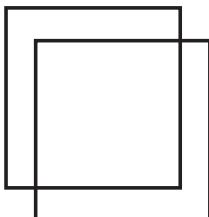
OECD. (2009). Minority shareholdings and interlocking directorates. OECD Publishing.

OECD. (2012). Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects (e.g. through press announcements) (DAF/COMP/WP3(2012)1). OECD.

Organización Mundial del Comercio. (2022). Compras Públicas en América Latina y el Caribe: desafíos y recomendaciones. OMC.

Ec. Martín Sequeira

Martín Sequeira es economista por la Universidad de la República (Udelar) y cuenta con una Maestría en Economía por la misma casa de estudios. Actualmente se encuentra finalizando una Maestría en Compras Públicas en la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM, Argentina). Ha completado formaciones avanzadas en derecho y economía de la competencia en la Escuela Iberoamericana de Competencia organizada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España. Cuenta con experiencia en el sector financiero, en la evaluación de políticas de compras estatales —donde se desempeñó como asesor económico en la Agencia Reguladora de Compras Estatales (ARCE)— y en el estudio de concentraciones y prácticas anticompetitivas en la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (COPRODEC), donde trabajó como asesor durante cuatro años y actualmente ejerce como comisionado titular. Durante su labor como asesor de la COPRODEC, participó en el diseño, coordinación y elaboración de estudios de mercado y medidas preparatorias en sectores estratégicos de la economía nacional, analizando estructura y desempeño de mercado, indicadores de concentración, comportamiento de precios, dinámica de oferta y demanda, y marco regulatorio aplicable, en rubros como supermercados, farmacias, agua envasada y crema dental.



Reinterpretando los objetivos del régimen de defensa de la competencia en Uruguay

Reinterpretando os objetivos do regime de defesa da concorrência no Uruguai

Diego Gamarra¹

Luciana López²

Federico Samudio³

RESUMEN

Se realiza una interpretación de la Ley N°18.159 -la ley uruguaya vigente sobre promoción y defensa de la competencia- a efectos de determinar el bien o los bienes jurídicos que en ella se tutelan. En ese sentido, se identifica que su artículo 1º -que específicamente refiere a su propósito- padece de ambigüedad sintáctica. De ello y del recurso a otras disposiciones de la ley y, en subsidio, a la historia fidedigna de la sanción, se sigue la posibilidad de una lectura alternativa previamente omitida. Así, sin perjuicio de reconocer que la interpretación asentada es razonable, se concluye que existen buenos fundamentos para sostener que la promoción de la competencia es un objetivo inmediato y que los fines últimos son, en un mismo plano, el bienestar de actuales y futuros consumidores, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad en el acceso a los mercados.

¹ Doctor en Derecho (PhD) por el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Asociado de alta dedicación de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay. Ex Director del Departamento de Derecho Público y del Departamento de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores de la ANII. Socio de Posadas, a cargo del Departamento de Derecho Público y del Área de Defensa de la Competencia.

² Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Asociada en Posadas, integrante de las áreas de Derecho Corporativo y Defensa de la Competencia. Profesora Honoraria de Derecho de la Competencia en la Universidad Católica del Uruguay.

³ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. LLM in Comparative and European Private Law, University of Edinburgh. Especialista en Derecho Civil Contractual por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Asociado en Posadas, integrante de las áreas de Derecho Corporativo y Defensa de la Competencia. Profesor Encargado de Sistemas de Justicia Comparados en la Universidad Católica del Uruguay.

RESUMO

Realiza-se uma interpretação da Lei nº 18.159 — atual norma uruguaia sobre promoção e defesa da concorrência — com o objetivo de identificar o(s) bem(ns) jurídico(s) por ela tutelado(s). Nesse contexto, constata-se que o artigo 1º — que dispõe expressamente sobre a sua finalidade — apresenta uma ambiguidade de natureza sintática. A partir dessa constatação, e mediante a análise de outras disposições da própria lei, bem como, subsidiariamente, do histórico fidedigno de sua sanção, revela-se a possibilidade de uma leitura alternativa, até então preterida. Assim, sem prejuízo da plausibilidade da interpretação majoritária, conclui-se que há fundamentos sólidos para sustentar que a promoção da concorrência constitui um objetivo imediato da norma, sendo seus fins últimos, em pé de igualdade: o bem-estar dos consumidores presentes e futuros, o estímulo à eficiência econômica e a garantia de liberdade e igualdade de acesso aos mercados.

I) INTRODUCCIÓN

El tema del bien o bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la competencia constituye, sin lugar a dudas, uno de los aspectos más desafiantes y debatidos por la doctrina especializada. Esta complejidad obedece, por un lado, a la variedad de paradigmas teóricos y de objetivos que pueden ser postulados por un ordenamiento jurídico; y, por otro, a la falta de consenso sobre el alcance y contenido de cada uno de ellos, así como las ventajas y desventajas prácticas que aparejan. En efecto, mientras algunos sistemas priorizan -de forma evidente- la protección del consumidor, otros optan por modelos híbridos que procuran la eficiencia económica, la protección del proceso competitivo, la libertad e igualdad de acceso a los mercados o incluso valores más amplios como la equidad, la sustentabilidad o el desarrollo del empleo.

El pronunciamiento en un sentido o en otro es relevante, pues dependiendo de la finalidad o finalidades postuladas suelen admitirse estándares de valoración y exigencias probatorias diferentes, tanto en lo que refiere al análisis de los efectos de concentraciones económicas, como en la apreciación de legitimidad de las prácticas de agentes en el mercado.

Independientemente de posibles análisis prescriptivos y consideraciones de preferencia por una solución o por otra, con miradas de corto, mediano y largo plazo -que pueden a lo sumo motivar soluciones de *lege ferenda*-, la determinación del bien o de los bienes jurídicos tutelados en un Estado determinado exige una tarea interpretativa de su legislación en la materia.

Aunque no es necesario y resulta relativamente infrecuente, en ocasiones la normativa establece de forma explícita sus propios fines, mientras que en otros casos únicamente es posible detraerlos de una interpretación sistemática del acto jurídico en cuestión y postular así su carácter implícito. A su vez, salvo que se disponga su naturaleza privativa, la formulación explícita de ciertos objetivos no excluye la existencia de otros que puedan inferirse del articulado.

La Ley N.^º 18.159 (la “LPDC”), la ley uruguaya vigente en materia de promoción y defensa de la competencia que aquí se analiza, en su artículo primero, cuyo *nomen iuris* es “objeto”, pretende sentar una definición expresa sobre el bien o bienes jurídicos tutelados a través de ella. Se ha sostenido que allí se establece el llamado paradigma del “bienestar del consumidor”, pero un análisis más detenido revela que el punto es controversial y que merece ser revisado.

La disposición referida notoriamente padece de ambigüedad sintáctica, de lo que se sigue que al menos es posible postular más de una solución interpretativa razonable y, por otra parte, que no todas las disposiciones de la LPDC se corresponden de forma consistente con dicho enfoque. Al menos algunas de ellas parecen perseguir objetivos distintos, lo que potencia la incertidumbre acerca de cuál es el bien jurídico protegido por el régimen de defensa de la competencia en nuestro Derecho o, en su caso, si puede sostenerse que existen diversos bienes jurídicos tutelados.

En ese marco, el presente trabajo no tiene por propósito defender una postura específica, ni abogar por la eventual superioridad de un paradigma sobre otro desde una perspectiva pragmática, económica o moral. Tampoco se pretende realizar un análisis comparativo sobre los beneficios y limitaciones de cada uno de los posibles modelos.

Con mayor modestia, se propone una labor interpretativa de la normativa uruguaya vigente de fuente legal, de conformidad con los lineamientos vinculantes establecidos en el Título Preliminar del Código Civil uruguayo en materia de interpretación de disposiciones contenidas en leyes -actos legislativos en sentido orgánico y formal-.

Esta aproximación pretende ser de utilidad tanto para los órganos de aplicación como para los operadores jurídicos y económicos, pues supone un punto de partida necesario desde el cual optar posteriormente por unos u otros estándares de valoración y de exigencia probatoria.



Así, luego de realizar una presentación de las diferentes posiciones sobre los diversos bienes jurídicos y estándares asociados a ellos que suelen indicarse como posibles objetos de protección por la normativa de competencia, como componente central de este estudio, se interpretará la LPDC y, destacadamente, su artículo primero -contextualizado- que alude específicamente al problema de su finalidad.

II) SOBRE LOS POSIBLES BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En términos generales, el paradigma subyacente o el bien jurídico tutelado por las leyes de competencia refleja los valores fundamentales que dicho conjunto normativo procura preservar. Así, se sostiene que actúa como un prisma a través del cual se interpretan y aplican las disposiciones del régimen jurídico correspondiente. Este paradigma, que se encuentra estrechamente vinculado a la coyuntura política, social y económica de cada Estado, en buena medida es un asunto de política legislativa, por lo que el bien jurídico tutelado puede variar entre jurisdicciones e incluso dentro de una misma jurisdicción a lo largo del tiempo.

Según explica la OCDE, los estándares establecen “*... el modo en que la autoridad competente, ya sea un órgano administrativo o un tribunal, discierne los resultados positivos de los negativos y, por tanto, determina las preferencias sobre los diferentes escenarios esperados. Proporciona el principio subyacente a cómo se interpreta la ley de competencia. Dicho esquema proporciona la base para permitir o prohibir ciertos tipos de conducta, ya sea un acuerdo, la conducta de una gran empresa o una potencial transacción. Los estándares pueden afectar al resultado de la aplicación, pero también pueden proporcionar principios rectores para el trabajo de promoción, así como la forma en que las autoridades priorizan sus actividades*”^{4,5}.

Existe una multiplicidad de estándares y subestándares que han sido postulados y desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia a nivel comparado. Sin embargo, la aplicación del Derecho de la competencia se ha llevado a cabo –principalmente– en base a dos de ellos: el estándar del bienestar del consumidor (“*consumer welfare standard*”) y el estándar del bienestar total (“*total welfare standard*”).

⁴ OCDE. (2023). *Consumer welfare standards – Advantages and disadvantages compared to alternative standards* (OECD Competition Policy Roundtable Papers No. 295; DAF/COMP (2023). OECD Publishing (pp. 9). Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/consumer-welfare-standards-advantages-and-disadvantages-compared-to-alternative-standards_3d174fdf-en.html

⁵ Todas las citas extraídas de textos en inglés han sido traducidas libremente por los autores del presente.

El estándar de bienestar del consumidor ha sido descripto como aquel que “*protege y promueve el bienestar de los consumidores, definidos como los compradores de los productos o servicios relevantes, al considerar los efectos de las conductas empresariales y las fusiones sobre el excedente del consumidor (“consumer surplus”)* –es decir, la diferencia entre el precio que los consumidores están dispuestos a pagar y el precio que efectivamente pagan”⁶.

Su origen se remonta a la década de 1970 en Estados Unidos, en respuesta a la percepción de un vuelco excesivamente intervencionista en la aplicación de la normativa *antitrust*. Este paradigma sostiene que los actores económicos racionales que operan dentro de los límites del mercado buscan maximizar sus ganancias combinando los insumos de la manera más eficiente y ello se trasladaría, naturalmente, al consumidor a través de precios más bajos, mayor calidad e innovación. Cualquier desviación a esa forma de actuar será castigada por las propias fuerzas competitivas del mercado⁷. A la luz de lo anterior, esta postura rechaza el pluralismo de objetivos y aboga por la protección exclusiva del consumidor, mediante la maximización de la eficiencia económica⁸. Los objetivos no económicos conducen a una intervención estatal excesiva y a la protección de actores deficientes, en detrimento de una eficiente distribución de recursos y, en última instancia, de los propios consumidores.

Este estándar ha sido adoptado en Estados Unidos desde el último cuarto del siglo XX, aunque su aplicación concreta ha variado según las administraciones. Si bien por años se ha interpretado de manera restringida, enfocada principalmente en la preservación de precios bajos, en los últimos tiempos se ha reformulado de forma más amplia⁹.

⁶ OCDE. (2023). *Advantages and disadvantages of competition welfare standards – Note by BIAC*. DAF/COMP/WD(2023). (pp. 6). Disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)30/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)30/en/pdf)

⁷ Posner, R. (1979). *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 University of Pennsylvania Law Review 925.

⁸ Bork, R. (1978). *Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books.

⁹ En su renombrado artículo “*Amazon’s Antitrust Paradox*”, la jurista estadounidense Lina Khan sostiene que el enfoque actual del derecho de la competencia, centrado en el bienestar del consumidor -enfocado en precios y cantidades a corto plazo- es insuficiente para captar el poder de mercado de plataformas digitales como Amazon. En cambio, propone reemplazar ese enfoque por uno que analice la estructura y dinámica de los mercados. A modo de ejemplo, esta visión ha sido recogida en las *Merger Guidelines* publicadas por el *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos en 2023 donde se evidenció cierto apartamiento del paradigma del bienestar del consumidor, en relación a la versión anterior. Ver Khan, L. (2016). *Amazon’s Antitrust Paradox*, 126 Yale L.R. Disponible en: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf

En contraposición, el paradigma del “bienestar total” adopta una visión más amplia, al considerar tanto el bienestar del consumidor como el del productor y, en definitiva, el bienestar general. La OCDE lo explica en los siguientes términos: “*El estándar de bienestar total maximiza la suma del excedente del consumidor y del productor, independientemente de cómo se distribuya dicho excedente entre ambos. Por lo tanto, también incorpora eficiencias que mejoran la producción, la innovación o el ingreso al mercado —reflejadas en el excedente del productor—, incluso cuando pueden resultar en precios más altos para los consumidores*”¹⁰. Tal como lo ilustran Whish y Bailey, “*el bienestar total maximiza el tamaño del pastel: sin embargo, no se ocupa de quién, entre productores y consumidores, disfruta más del pastel*”¹¹.

Este estándar suele ser preferido por algunos economistas¹² y, pese a su menor expansión, ha sido adoptado en distintas jurisdicciones como Canadá, Japón o Sudáfrica¹³.

Cabe apuntar que conforme se adopte una acepción más amplia o más reducida de los estándares anteriores, podrán identificarse otros potenciales estándares¹⁴.

Por otra parte, cabe realizar ciertas apreciaciones sobre la diferencia entre paradigmas y objetivos.

10 OCDE. (2023). *Advantages and disadvantages of competition welfare standards – Note by BIAC*. Op cit. (pp. 3).

11 Whish, R y Bailey, D. (2021). *Competition Law*. Oxford University Press. Tenth Edition. (pp. 19).

12 Motta explica que – llevado al extremo – la maximización del bienestar del consumidor implicaría fijar precios al costo marginal, lo que forzaría la salida del mercado de ciertas firmas o a que estas tengan que ser subsidiadas por el Estado. Además, menores precios implican menores ganancias, lo que desincentivaría a innovar, invertir e introducir nuevos productos. Ver Motta, M. (2003). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press. (pp. 19-21).

13 A modo de ejemplo, Ley de Competencia de Sudáfrica del año 1998 establece que su propósito es: “(a) promover la eficiencia, la adaptabilidad y el desarrollo de la economía; (b) ofrecer a los consumidores precios competitivos y opciones de productos; (c) fomentar el empleo y mejorar el bienestar social y económico de los sudafricanos; (d) ampliar las oportunidades de participación de Sudáfrica en los mercados internacionales y reconocer el papel de la competencia extranjera en la República; (e) asegurar que las pequeñas y medianas empresas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía; y (f) promover una distribución más amplia de la propiedad, en particular aumentando la participación accionaria de personas históricamente desfavorecidas”.

14 A modo ilustrativo, si se interpreta el estándar del bienestar general en sentido estricto, este abarcaría únicamente los intereses de consumidores y productores. En consecuencia, cualquier régimen normativo que contemplara los intereses de otros colectivos sería probablemente clasificado bajo otro estándar (por ejemplo, el “bienestar del ciudadano”). Por el contrario, si se adopta una interpretación más amplia del estándar de bienestar general, ese mismo régimen podría encuadrarse dentro de dicho estándar, sin necesidad de recurrir a una categoría adicional. Ver OCDE. (2023). *Consumer welfare standards – Advantages and disadvantages compared to alternative standards*. Op cit. (pp. 16 a 20).

De acuerdo a lo que señala la OCDE: “*Los objetivos del derecho de la competencia establecen su finalidad general. El estándar proporciona el marco o principio subyacente para determinar si los resultados son coherentes con esos objetivos, y cuáles no lo son. Dicho de otro modo, el estándar es la forma en que los fines u objetivos de la política de competencia se hacen operativos*”¹⁵.

Corresponde aquí detenerse en un punto teórico, pero no por ello menos relevante: a menudo se habla de “paradigmas”, “estándares”, “objetivos”, “modelos” o “bienes jurídicos tutelados”, omitiendo conceptualizar concretamente a estos fenómenos dentro del ordenamiento jurídico uruguayo. Fundamentalmente, cabe preguntarse si el estándar del bienestar del consumidor y el estándar del bienestar total constituyen *principios* o *reglas*, o bien, si revisten otra naturaleza en el marco del ordenamiento uruguayo. Sin intenciones de profundizar en aspectos que exceden el alcance de este trabajo, se hace notar que los principios se distinguen de las reglas en una variedad de aspectos, pero más notoriamente en su peso normativo. Mientras que las reglas determinan una aplicación directa a situaciones de hecho concretas mediante la aplicación de un consecuente normativo, los principios pueden cumplir una función valorativa, interpretativa o integradora del Derecho¹⁶. Los principios, para cumplir dichas funciones, deben ser extraerse del derecho positivo y no únicamente de consagraciones expresas.

En este sentido, a modo aclaratorio, entendemos que la persecución del bienestar del consumidor no reúne el peso suficiente para ser considerado un principio rector y excluyente en el derecho de la competencia uruguayo. Su invocación con fines interpretativos o integradores no debería ser excluyente de otros principios desde el momento en que, como se verá, el artículo 1 de la LPDC no ofrece un lenguaje claro en este sentido. Asimismo, tampoco la propia LDPC fue confirmatoria en su reforma de 2019, al pasar por alto la afectación a los consumidores como requisito necesario para prohibir concentraciones económicas¹⁷.

En otras ocasiones, los operadores suelen utilizar a la protección del bienestar del consumidor como una *regla*, sosteniendo que las concentraciones económicas que no generen un perjuicio directo a los consumidores no deben entrar en el radar de las autoridades de competencia, independientemente del análisis de sus efectos

¹⁵ OCDE. (2023). *Op cit.* (pp. 9).

¹⁶ Dworkin, R., “*Law's Empire*”, Harvard University Press, capítulos VI y VII.

¹⁷ Siendo únicamente relevantes aquellas que tengan “*por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante*”.

anticompetitivos. Esta utilización de la idea de bienestar del consumidor como regla absoluta es aún más desafinada, ya que pretende ser excluyente de otras reglas y principios del sistema, pero en este caso no encuentra texto alguno que la consagre como tal.

A la luz de lo anterior, entendemos que estos “paradigmas” pueden ser concebidos como fines legislativos (o eventualmente como principios -por oposición a reglas- según se vio). En tanto formulaciones expresamente consignadas -con abstracción- o extraídas del conjunto normativo, sirven como orientaciones para la interpretación de sus disposiciones en escenarios de dudas persistentes. Sin embargo, no se trata de reglas -determinantes de soluciones inequívocas- y, por lo tanto, no pueden ser invocados para dirimir definitivamente casos, ignorando lo que las reglas efectivamente disponen. Menos aún si se considera que la tarea interpretativa, conforme al Derecho uruguayo, impone ante todo apego al tenor literal y al contexto, reconociendo al “fin” un papel subsidiario.

Por último, un aspecto central y directamente vinculado al problema bajo análisis es la diferencia entre los objetivos explícitos y los implícitos. Como se apuntó, los primeros son aquellos expresamente mencionados por una ley, mientras que los segundos son aquellos que – aun cuando no se encuentren mencionados – pueden inferirse del alcance de sus disposiciones. Como se anticipó, es perfectamente posible la concurrencia de objetivos de las dos categorías referidas (esto es, explícitos e implícitos), salvo que la ley consigne el carácter excluyente de los expresamente formulados.

III) ¿QUÉ BIEN O BIENES JURÍDICOS PROTEGE LA NORMATIVA URUGUAYA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA? INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1º DE LA LPDC

La disposición central a analizar en materia de bienes jurídicos protegidos por la normativa uruguaya de competencia es el artículo 1º de la LPDC, que establece lo siguiente: “*(Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.*”

Este artículo plantea complejidades interpretativas que derivan tanto del alcance de sus términos -dificultades semánticas- como de su estructura sintáctica. La forma en que se articulan los conceptos obliga a desentrañar si se está frente a un objetivo único perseguido a través de diversos medios, o bien ante una enumeración

de varios fines autónomos. Curiosamente, se trata de determinar el alcance de un enunciado cuyo objeto consiste – precisamente – en explicitar la finalidad del acto jurídico en su conjunto.

De acuerdo con los artículos 17 y siguientes del Código Civil uruguayo (“CCU”), las disposiciones legales deben interpretarse ante todo conforme a su tenor literal (inciso primero del artículo 17 y artículos 18 y 19 del CCU), aunque también debe atenderse a su contexto, conformado por el resto de las disposiciones que conforman la ley en cuestión, a efectos de propiciar su coherencia sistemática (artículo 20 del CCU). Únicamente si persisten dudas interpretativas -escenarios de “oscuridad” en la terminología del CCU-, una vez desarrollada la etapa literal y contextual -siempre con el texto de la ley en cuestión como centro de la tarea, cabe acudir –en subsidio- a la identificación del “espíritu” o finalidad. En primer término, acudiendo a su consignación en la propia ley -explícita o implícita-, todavía con recurso al texto formalmente expedido y, en subsidio, acudiendo a la historia fidedigna de la sanción -a los antecedentes parlamentarios⁻¹⁸.

De conformidad con lo que viene de indicarse, el análisis que sigue se desarrollará en dos etapas: (i) en primer lugar, se realizará un examen fundamentalmente textual del artículo 1º, atendiendo al significado de las palabras y a su contexto, con vocación de consistencia sistemática en la atribución de significado a la LPDC; y (ii) en segundo lugar, asumiendo la persistencia de dudas interpretativas y considerando que la finalidad de la propia ley es en este peculiar caso el propio objeto de interpretación, se recurrirá a la historia fidedigna de la sanción, analizando las discusiones parlamentarias desarrolladas en ocasión de la sanción de la LPDC.

Antes de ingresar al desarrollo referido, cabe insistir en un aspecto ya anticipado: el hecho de que el artículo 1 explique su propia finalidad o espíritu, no puede conducir a perder de vista que el punto de partida debe ser siempre el texto. No es legítima la invocación del “espíritu” -v.gr. proteger al bienestar del consumidor- ante la existencia de un texto de la LPDC que no presenta dificultades interpretativas bajo un examen literal y contextual y del cual, según se verá, se desprenden otros objetivos. Con frecuencia los operadores emplean el paradigma, sin reparar en que no se trata estrictamente de una regla.

¹⁸ Mariño López, Andrés, “Estudio del Título Preliminar del Código Civil de Uruguay de 1868. La Constitución del sistema de fuentes de Derecho y de reglas para la interpretación e integración de las normas en el orden jurídico uruguayo”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Jorge Gamarra*, FCU, Montevideo, julio 2001, p. 297 a 302. GAMARRA, Diego, *La interpretación de la Constitución y la ley. Jueces, derechos y democracia*, Edit, La Ley, 2018, p. 313 y ss.

IV) ANÁLISIS LITERAL Y CONTEXTUAL DEL ARTÍCULO 1º DE LA LPDC

i) Posibles soluciones interpretativas

b) Primera solución interpretativa posible: Bienestar del consumidor como paradigma único y central.

Tanto la doctrina nacional como la propia Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (la “**Comisión**”) han asumido –con cierta constancia– que el artículo 1 establece un objetivo único en base al cual toda la LPDC debe interpretarse: el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios. El resto de los elementos allí mencionados constituirían herramientas o medios al servicio de un fin superior (el bienestar del consumidor).

En esta línea, Martínez Blanco sostiene lo siguiente: “... queda claro que en este artículo, la ley reafirma la tutela de un bien jurídico primordial: “el bienestar de los actuales y futuros consumidores”. Y ello lo hace a través de tres herramientas, colocadas en un mismo plano de importancia: la defensa de la competencia, la eficiencia económica y la igualdad de acceso a los mercados”¹⁹. A la misma conclusión han llegado otros autores en opiniones más recientes²⁰.

Esta también ha sido la postura sostenida por la Comisión²¹: “el objetivo de la ley de promoción y defensa de la competencia no es proteger los intereses particulares de los competidores, sino los derechos de los consumidores por medio de la protección de la libre competencia”²². Conviene destacar que aun cuando no se detenga en el punto, en la mayoría de sus resoluciones la autoridad suele mencionar el impacto

¹⁹ Martínez Blanco, C. (2007). *Manual Básico de Derecho de la Competencia*. (pp-59). Fundación de Cultura Universitaria.

²⁰ Ver Cadenas, E., Clovin, J, Mercant, J. (2020). En *Derecho de la Competencia*, Capítulo I (pp. 77-78). Fundación de Cultura Universitaria, donde afirman: “En nuestra opinión la Ley N° 18.159 ha adoptado la correcta interpretación del verdadero bien jurídico tutelado, que se encuentra enunciado sin ambigüedades desde el Artículo 1 de dicha ley (...); o Aumente, J. y Ciavattone, A. (2020). En *Derecho de la Competencia*, Capítulo I (pp. 574). Fundación de Cultura Universitaria, quienes sostienen: “El tenor literal de la norma citada, permite afirmar con razonable certeza que la Ley N° 18.159, por un lado, conceptualiza el bienestar de los consumidores como el interés superior al que sirve la regulación; al tiempo que, por otro, considera a la competencia, la eficiencia económica y la libertad e igualdad de acceso a los mercados, como herramientas para la consecución de dicho interés superior; bienes jurídicos dignos de protección, pero no en sí mismos considerados, sino en tanto elementos esenciales o que al menos contribuyen al bienestar de los consumidores”.

²¹ Sin perjuicio de que este ha sido tradicionalmente el enfoque de la Comisión, más recientemente la autoridad ha resuelto casos presumiblemente contemplando otros objetivos. Ver más abajo Resolución 66/024 de la Comisión de Defensa de la Competencia en Asunto N° 2023-5-1-0008879: ATHN FOODS HOLDINGS S.A.U - MARFRIG GLOBAL FOODS S.A.- CONCENTRACION ECONOMICA.

²² Resolución 64/013 de la Comisión de Defensa de la Competencia en Asunto 21/2012: DW SERVICE S.R.L. C/BANCO ITAU, RULERO PRODUCCIONES S.R.L. Y BILPER S.A.

en el consumidor al menos de forma tangencial. Sin perjuicio de que -según se verá a continuación- incluso bajo esta interpretación unitaria subsisten dudas interpretativas, se trata de una lectura que ofrece la ventaja de una mayor facilidad de aplicación. Frente a la diversidad de posibles efectos derivados de una práctica o de una concentración económica, el análisis de la autoridad consistiría en optar por aquel escenario que implique el mayor beneficio —o, al menos, la no afectación— para el consumidor.

En esta línea, la OCDE señala que entre los factores que contribuyen a la facilidad de aplicación de un estándar se encuentra, por un lado, la menor cantidad de componentes u objetivos que éste persigue, y por otro, el mayor grado de familiaridad por parte de operadores y autoridades, derivado de la existencia de un volumen más amplio de precedentes²³. El hecho de que, durante años, la LPDC haya sido interpretada en este sentido, ha contribuido a consolidar un cierto “estado del arte” que, en la práctica, facilita su aplicación tanto para la autoridad como para los operadores económicos y que, naturalmente, deriva en una mayor previsibilidad en relación con el resultado de los casos sometidos a su consideración.

En línea con lo anterior, de más está decir que la interpretación que se adopte del artículo 1 tiende a condicionar de manera significativa la lectura del resto de los preceptos de la LPDC. En efecto, cuando se desafía la interpretación tradicional de dicha disposición y se propone una lectura alternativa, se abre paso a nuevas formas de comprender y aplicar el conjunto normativo en su totalidad.

b) Segunda solución interpretativa posible: La eficiencia económica y la libertad e igualdad de acceso como fines independientes, adicionales al bienestar de consumidores actuales y futuros

Por alguna razón, los estudios que se han ocupado de interpretar el artículo 1º de la LPDC no han tomado nota de que éste padece de una ambigüedad de tipo sintáctico. Tal dificultad idiomática conduce a que sea posible atribuir dos significados distintos a la disposición, sin que quepa preferencia a priori por ninguna de ellas. En este sentido, además de la interpretación presentada en forma antecedente, puede perfectamente ensayarse una segunda interpretación según la cual se establecen tres fines autónomos, enunciados dentro de una misma oración, pero sin escalonamiento alguno entre ellos.

²³ OCDE, (2023). *Consumer welfare standards – Advantages and disadvantages compared to alternative standards. Op cit.* (pp. 29-30).

La clave de esta alternativa interpretativa está en la posibilidad de considerar que la expresión “a través”, que denota la consideración de *medios* al servicio de un *fin* y que es antecedida por una coma, refiere exclusivamente a los términos que siguen hasta la siguiente coma -es decir, exclusivamente a la “promoción y defensa de la competencia”- y no a todos los términos siguientes hasta el final de la oración. Así, la “eficiencia económica” y la “libertad e igualdad de acceso de empresas y productos a los mercados” no serían considerados como medios.

A efectos meramente ilustrativos, se propone una reconstrucción del artículo 1 incluyendo numerales -que no figuran en el texto legal- para facilitar la exposición de esta lectura alternativa:

“(Objeto).- La presente ley es de orden público y tiene por objeto (I) fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios, a través de la promoción y defensa de la competencia, (II) el estímulo a la eficiencia económica y (III) la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados”.

Desde una perspectiva estrictamente literal, entonces, únicamente la promoción y defensa de la competencia sería considerada como medio -a partir de la expresión “a través”, que inevitablemente la alude-. Sin embargo, de ello no se sigue que no sea a la vez un fin -eventualmente consignado en otras disposiciones, como el artículo 9 de la LPDC-.

La presentación de la promoción de la competencia como *instrumento* en el artículo 1 tiene sentido para distinguir el tipo de protección que se confiere a los consumidores en una ley de competencia -indirecta- por oposición a la tutición ante proveedores -directa- que se establece en las normas que regulan las relaciones de consumo.

No obstante, la competencia²⁴ aparece como un objetivo autónomo en algunos artículos, estableciendo textualmente su protección -como en el mencionado artículo 9- y lo mismo se infiere de los fundamentos de ciertas disposiciones de la LPDC²⁵.

24 Existen diversas acepciones del término “competencia”. Si bien es utilizado para referir a la disputa o rivalidad entre dos o más entidades que aspiran a obtener la misma cosa, también se emplea en relación al conjunto de individuos o empresas que rivalizan en un mercado. En general, los ordenamientos en materia de defensa de la competencia suelen hacer alusión al primero de estos sentidos, aunque no debe perderse de vista que se trata de un vocablo equivoco. Whish y Bailey definen a la competencia como “un proceso de rivalidad entre empresas que tratan de ganar clientes a lo largo del tiempo ofreciéndoles un mejor trato”. Ver Whish, R. y Bailey, D. *op cit.* (pp. 5)

25 A modo de ejemplo, la excepción de adquisición de la “empresa en crisis”, prevista en el literal

Por su parte, cabe reiterar que los otros dos bienes enunciados, la eficiencia económica y la libertad e igualdad de acceso a los mercados, serían -en la interpretación alternativa que aquí se presenta- fines independientes, concurrentes con el bienestar de actuales y futuros consumidores.

Por consiguiente, bajo esta interpretación alternativa, el artículo 1 no adoptaría un único paradigma rector (el bienestar del consumidor), sino que contemplaría además dos objetivos adicionales no subordinados, sin perjuicio de otros que puedan establecerse en virtud de otras disposiciones de la ley. Vale insistir, es en cierto sentido obvio que la LPDC promueve y defiende la competencia -en eso consiste la regulación y así se denomina a su principal órgano de aplicación- y, por tanto, inevitablemente debe entenderse como un fin deseable. No se promueve ni defiende aquello que no se considera valioso. Si se prefiere, puede postularse que la defensa de la competencia es el fin inmediato y que, como consecuencia de su tutela, se satisfacen en mayor o menor medida los restantes.

En fin, de la ambigüedad del precepto bajo examen se sigue que deviene necesario acudir a otros elementos para esclarecer el sentido del enunciado y, en ese sentido, resulta importante dotar de significado a las expresiones centrales de la disposición e identificar otras relevantes en la LPDC para analizar qué finalidades o propósitos persiguen o, si se prefiere, qué bienes sirven como su justificación.

Sin perjuicio de ulteriores desarrollos, cabe adelantar que es difícil concebir a la “eficiencia económica” como un instrumento para la consecución de un objetivo. El uso general de la expresión refiere a un resultado anhelado de optimización de recursos, de generación de excedente, a partir de un mercado libre y competitivo –no a un mero medio-. Su articulación con el bienestar del consumidor como fin supuestamente supraordenado, supondría recortar escenarios de eficiencia -lo que en verdad supone ineficiencia- en virtud de su posible adjudicación inmediata a otros sujetos.

Para evitar una interpretación maniquea y en buena medida trivial de la eficiencia económica, cabría asumir alguna de las siguientes alternativas: (i) que en mayor o menor medida la eficiencia siempre supone beneficio a los consumidores –aunque sea a aquellos futuros-, en el largo plazo; o (ii) tomar nota de que la eficiencia económica tiende a favorecer el bienestar de los consumidores – aunque

d) del artículo 8, busca preservar una unidad económica adicional que pueda ejercer presión competitiva en el mercado relevante y ello, en principio, sin consideración del impacto que pueda generar en términos de eficiencia o de beneficio al consumidor. Por su parte, parece difícil no considerar en este caso a la preservación de empleos y la solución para acreedores como propósito concomitante.

no en todos los casos posibles – y que el mejor escenario se presenta cuando concurren ambos fines, pero que no existe preferencia de antemano por el primero de ellos. Así, lo cierto es que independientemente de cómo se lo presente, tiene sentido considerar que la eficiencia económica opera como un fin en sí mismo. Una armonización posible podría ser la de descartar escenarios perjudiciales para los consumidores -actuales o futuros-, pero no aquellos que les resultan neutros -al menos en lo inmediato-.

Del mismo modo, parece difícil sostener que bajo la LPDC no se tutela a la igualdad o a la libertad como fines relevantes por sí solos. Se trata de los fundamentos más elementales del sistema constitucional uruguayo, de modo que predicar que únicamente se protegen en tanto sirvan de alguna manera al bienestar de los consumidores parece un contrasentido.

Nótese que esta aproximación tiene la ventaja de permitir –al menos en teoría– la protección de los intereses de un universo más amplio de sujetos y, en última instancia, a la economía uruguaya en su conjunto. Resulta también más inmediatamente alineada con el fin último de toda la legislación formal, el “interés general”, conforme reza el artículo 7 constitucional.

Aunque no se trate de la interpretación más extendida, se destaca que la identificación de una pluralidad de fines perseguidos por la LPDC no ha sido totalmente ajena para la doctrina nacional ni para la propia Comisión.

Analizando los potenciales rumbos que podría adoptar la Comisión ante la concentración propuesta por Minerva y Marfrig en 2023, Fleitas²⁶ admitía como primera posibilidad una decisión conforme a la interpretación tradicional del artículo 1: *“De este artículo se puede interpretar que el estándar para analizar los casos es el del bienestar del consumidor. Bajo esta interpretación, para que la CPDC tenga un motivo para poder frenar la adquisición de Minerva tendría que poder demostrar que esto daña a los consumidores actuales y futuros en los mercados relevantes. Así, para bloquear la adquisición la CPDC tendría que mostrar que hay afectación a los consumidores en el mercado interno de carne al consumo, vía un aumento de precio o un deterioro de las condiciones de venta (por ejemplo, reducciones de calidad). Esto es fundamentalmente una pregunta empírica y no sabemos la respuesta sin hacer los estudios (con evidencia económica de frontera) necesarios (...) Sin embargo, es fundamental notar que, bajo esta interpretación, lo que pasa entre los productores ganadores y los frigoríficos*

²⁶ Fleitas, S. (2023), “Mejoras necesarias de la institucionalidad de defensa de la competencia”, en Anuario de Derecho de la Competencia 2023. Fundación de Cultura Universitaria. (pp. 109-111).

(por ejemplo, si estos últimos les pagan precios más bajos a los ganaderos) o entre los frigoríficos y sus trabajadores, solo es relevante para la decisión de aprobación de la adquisición en tanto y cuanto exista un argumento probado de que afecte a los consumidores actuales y futuros”.

Ahora bien, en aquella oportunidad (esto es, incluso previo a la decisión de la autoridad), el autor ya vislumbraba otra alternativa: “*Una segunda interpretación podría venir de la lectura del artículo 9 de la ley (...) En esta interpretación, la CPDC podría tener un motivo para poder frenar la adquisición de Minerva aun sin mostrar que la fusión daña a los consumidores actuales y futuros en el mercado relevante. Si se entiende que el artículo 9 solo refiere a la competencia actual o futura en el mercado relevante, entonces la CPDC podría denegar la adquisición, por ejemplo, por la afectación de competencia en el mercado de venta de ganado desde los productores a los frigoríficos. O también porque afecta a los trabajadores de la industria frigorífica*”.

Así, en virtud de lo dispuesto con contundencia literal en el artículo 9 -que refiere a la “competencia” a secas, sin adicionar exigencias de tutela según sus consecuencias-, lo relevante es que arriba a la misma conclusión que aquí se sostiene: sería posible adoptar decisiones sin que sea necesariamente determinante un impacto en el bienestar del consumidor.

Luego esta postura fue sustentada por la propia Comisión en su Resolución N°66/024²⁷ que deniega la autorización solicitada sobre la base del perjuicio que la misma aparejaría en el mercado “aguas arriba”, curiosamente omitiendo el análisis del impacto en el consumidor:

“21) que la actividad comercial de los frigoríficos en el mercado de compraventa de carne, tiene impacto en la actividad comercial de los frigoríficos en el mercado de compraventa de ganado bovino, dado que las empresas podrían tener la capacidad de trasladar el impacto de una mayor capacidad de venta hacia las negociaciones que se desarrollan en el mercado de compraventa de ganado en Uruguay;(...)

34) que en efecto, la concentración proyectada en los términos propuestos implica un aumento sustancial en el poder de compra de Minerva, en el mercado de compraventa de hacienda para faena y la limitación de la capacidad de competencia de Marfrig, en dicho mercado; (...)

²⁷ Resolución 66/024 de la Comisión de Defensa de la Competencia en Asunto N° 2023-5-1-0008879: ATHN FOODS HOLDINGS S.A.U - MARFRIG GLOBAL FOODS S.A.- CONCENTRACION ECONOMICA.

38) que la operación proyectada aumentaría el grado de concentración en el mercado de compraventa de ganado bovino con destino a faena, al tiempo que la empresa concentrada alcanzaría una posición dominante, con poder de mercado para la compra de ganado bovino con destino a faena y con capacidad para afectar unilateralmente la competencia efectiva en dicho mercado”.

ii) Sentido de la expresión “bienestar del consumidor”

Bajo la primera de las interpretaciones analizadas, el paradigma de la LPDC coincidiría con su objetivo explícito y mencionado en primer término: el bienestar del consumidor.

Sin perjuicio de las aparentes ventajas de esta postura, la misma no está exenta de controversias, principalmente dada la vaguedad y falta de definición de los términos empleados. Esta complejidad se acentúa si se advierte que, pese a ser el supuesto objetivo principal de la LPDC, dicho concepto casi no vuelve a ser mencionado a lo largo del texto legal²⁸.

Como punto de partida, corresponde determinar el alcance del término “consumidor”. La primera interrogante gira en torno a si éste abarca únicamente al consumidor final (sobre lo que no parecería existir discusión) o también al consumidor intermedio²⁹, pues al igual que la mayoría de los ordenamientos que emplean este vocablo³⁰, la LPDC no determina explícitamente su alcance³¹.

Aunque la LPDC no precisa el alcance del término en dicho sentido, nótese que igualmente lo dota de cierta amplitud al prever una protección de los consumidores actuales, pero también de los futuros. Lejos de ser fortuita, esta referencia es nuevamente incluida en los artículos 2 y 9, en los que se hace referencia a la afectación a la competencia “actual o futura” en el mercado relevante. Se trata

²⁸ Por el contrario, sí existen múltiples referencias a la “competencia” y a los “competidores”.

²⁹ A diferencia del inglés, donde existen dos términos diferenciados (“customer” = consumidor intermedio; “consumer” = consumidor final), en español se suele emplear el término consumidor de forma indiferente.

³⁰ OCDE. (2023). *Consumer welfare standards – Advantages and disadvantages compared to alternative standards.* op cit. (pp. 12).

³¹ Por un lado, del sentido natural y obvio del término y de las disposiciones de la LPDC no surgen elementos que lleven a decantarse por una acepción restringida. No obstante, la Ley de Relaciones de Consumo N°17.250, potencialmente considerable como ley de la misma “materia” en los términos del artículo 18 del CCU, limita el alcance al consumidor final. Por su parte, la Guía para el Análisis de Concentraciones Económicas elaborado por la Comisión, ésta ha optado por una postura intermedia, con criterios que difieren según la naturaleza de la operación (Ver Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (2020). *Guía de Análisis Económico de Concentraciones Económicas.* (pp. 5).

de un aspecto crucial de la lectura aquí desarrollada en la medida que implica que el análisis de la autoridad no puede detenerse en el impacto inmediato que una práctica o concentración pueda generar en el consumidor, sino que debe –en todo caso– realizar un análisis prospectivo. Pese a permitir una mayor discrecionalidad en las resoluciones, sin duda este término daría lugar a la posibilidad de sancionar prácticas o prohibir concentraciones sobre la base de que, si bien actualmente se perjudica únicamente al consumidor intermedio o incluso a la competencia aguas arriba³², en el largo o mediano plazo (la LPDC no impone limitaciones en ese sentido) es probable un perjuicio al consumidor final.

Pero los obstáculos en relación a esta interpretación no se agotan en este punto. Resta todavía dilucidar cuál es el alcance del término “bienestar”. Concretamente, cabe cuestionarse si el bienestar se traduce estrictamente en un impacto en los precios o si exige consideración también de otros aspectos como la cantidad, la calidad o la gama de servicios. Si bien no existen indicios en la LPDC que permitan aclarar el punto, por las mismas razones desarrolladas anteriormente, el uso general del término –su sentido natural y obvio– conduce a decantarse por un significado amplio del vocablo, que no excluya arbitrariamente elementos que contribuyen al bienestar del consumidor³³.

En efecto, esta postura, ligada a la dimensión prospectiva de la protección –por el empleo de la voz “futuros”–, salvaguardaría las críticas que con frecuencia enfrenta este paradigma por ser excesivamente cortoplacista³⁴. A modo de ejemplo, Khan sostiene que, al centrarse en los efectos inmediatos sobre los precios, el estándar del bienestar del consumidor no logra captar los peligros anticompetitivos que representan las plataformas digitales dominantes, donde los servicios pueden ser gratuitos o baratos en el corto plazo, pero perjudiciales a largo plazo debido a la reducción en la innovación³⁵.

³² Véase el artículo 10 del Decreto 404/007 donde se establece que el análisis de la concentración cuya autorización se solicita deberá incorporar, entre otros factores, la afectación de la competencia aguas arriba y aguas abajo. Esta disposición fue reiteradamente utilizada por la Comisión en su Resolución 66/024 en el caso Minerva-Marfrig para denegar la autorización sobre la base de la afectación en el mercado “aguas arriba” de compraventa de ganado.

³³ La Guía de Análisis Económico para Concentraciones Económicas también parece afiliarse a esta interpretación ofreciendo lineamientos en relación a los efectos unilaterales sobre la variedad e innovación de productos. Ver página 16.

³⁴ Ver Motta, M. op cit. (pp. 19.21).

³⁵ Khan, L. (2016). op cit.

Vale insistir, la consideración del bienestar del *futuro* consumidor es fundamental porque implica que – aun cuando se abogue por la tradicional interpretación del artículo 1, esto es, por la jerarquización del bienestar del consumidor sobre el resto de los elementos allí mencionados- dicho estándar no puede ser aplicado en su acepción más estricta. La autoridad no puede simplemente limitar su análisis al impacto inmediato, sea positivo o negativo, que una concentración o práctica pueda generar en los precios y las cantidades percibidas por el consumidor final.

iii) Sentido de la expresión “eficiencia económica”

Conforme se estableció al inicio, bajo la segunda de las interpretaciones posibles, por notoria ambigüedad sintáctica del artículo 1 de la LPDC, el “*estímulo a la eficiencia económica*” podría considerarse un fin en sí mismo y no tan solo un medio para alcanzar el objetivo de bienestar del consumidor.

Se indicó previamente que por su propia naturaleza es un contrasentido considerar a la eficiencia económica como un instrumento -según el significado general de la expresión-, pues no lo es, pero se impone analizar otros enunciados de la LPDC que refieren a la eficiencia para favorecer un análisis contextual.

Las disposiciones de la LPDC que mencionan este concepto pueden ser razonablemente interpretadas en el sentido que aquí se postula. Las “ganancias de eficiencia económica” son mencionadas en la LPDC en dos ocasiones: (i) en el artículo 2, en sede de prácticas, al establecerse que el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si son generadas por la práctica, conducta o recomendación bajo análisis; y (ii) en el artículo 9, en sede de concentraciones económicas, al preverse que deberán ser incorporadas al análisis, entre otros factores allí mencionados.

De conformidad con la LPDC, las ganancias de eficiencia susceptibles de ser consideradas son aquellas: (1) que surjan directamente de la práctica o concentración bajo análisis; (2) que no puedan obtenerse por medios alternativos; y (3) que sean trasladables a los consumidores.

Tradicionalmente, en línea con la extendida lectura de que el objetivo único de la LPDC es el bienestar del consumidor, tanto la doctrina nacional³⁶ como la

³⁶ Guerrieri, R. (2020). En *Derecho de la Competencia*, Capítulo III (pp. 148). Fundación de Cultura Universitaria.

Comisión³⁷ han entendido que los tres requisitos anteriores son *acumulativos*. Por consiguiente, las ganancias de eficiencia necesariamente tienen que ser trasladables al consumidor para que puedan ser consideradas por la autoridad.

Sin embargo, en ningún lugar el artículo 2 establece que los requisitos anteriores sean acumulativos. Véase:

“A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores.”

En este sentido, la conjunción copulativa “y” puede emplearse tanto para indicar una sumatoria de elementos, como para simplemente enumerar ítems sin implicar acumulación entre ellos. Si se hubiese utilizado la expresión “o”, no cabrían dudas respecto del carácter no acumulativo de los términos. No obstante, el uso ambiguo de la palabra “y” en lo absoluto impide la interpretación que aquí se propone; ambas lecturas son por igual posibles en el idioma español. Cabe señalar, además, que cuando el legislador ha querido dejar en claro el carácter acumulativo de los elementos enumerados, lo ha hecho de forma expresa³⁸.

Acontece con este artículo algo similar a lo que ocurre con el artículo 1. La ambigüedad sintáctica del precepto, sumada a la tendencia a jerarquizar la protección del consumidor – producto de años de una interpretación en tal sentido– han hecho que el artículo 2 se lea de manera de armonizar con la interpretación tradicional del artículo 1. Pero la realidad es que ello no surge del texto legal. Por consiguiente, bajo esta interpretación, podrán considerarse ganancias de eficiencia que se trasladen al consumidor –lo que constituiría el mejor escenario, al alinearse el objetivo de eficiencia económica con el de bienestar del consumidor–, pero

37 En la Guía para el Análisis Económico de Concentraciones Económicas (pp. 30) se establece lo siguiente: *“La Autoridad de Competencia considerará que sólo las ganancias de eficiencias que cumplen con los siguientes tres criterios pueden impedir o compensar los efectos anticompetitivos adversos de la operación: i) las ganancias de eficiencia deben tener un grado alto de probabilidad de ocurrencia, en un plazo coincidente con el de la posible emergencia de los daños; no se considerarán aquellas eficiencias que sucederán luego de que se haya configurado el daño al consumidor; ii) las ganancias de eficiencia deben ser específicas a la operación, es decir su consecuencia directa; no se considerarán ganancias de eficiencia que las firmas podrían haber obtenido con cualquier otro curso de acción, distinto de la integración. iii) las ganancias de eficiencia deberán traspasarse a los consumidores directos de las firmas que se concentran; sólo de modo complementario se tendrá en consideración ganancias de eficiencias traspasadas a otros consumidores o mercados”*.

38 Tal es el caso del artículo 7 (según su redacción actual dada por la Ley N.º 20.212), donde se establece que la autorización del órgano de aplicación corresponde únicamente cuando los umbrales allí previstos se verifiquen de manera acumulativa.

no deben descartarse aquellas ganancias que, aun sin trasladarse al consumidor, se deriven directamente de la práctica o concentración analizada y no puedan alcanzarse por medios alternativos.

En Economía, se suele diferenciar entre eficiencia asignativa y productiva. Según Cadenas, Clovin y Mercant, “*la eficiencia asignativa consiste en la asignación más eficiente posible de los recursos en la economía en general. Se logra mayor eficiencia asignativa cuando los recursos son asignados de manera tal de maximizar el bienestar de los consumidores. En cambio, la eficiencia productiva es la asignación más eficiente posible de los recursos dentro de cada empresa competitiva*”³⁹.

Tal como se desprende de lo anterior, la eficiencia asignativa se enfoca en mayor medida en el consumidor, mientras que la productiva se centra en el productor. La suma de todas ellas, por extensión, llevaría a contemplar a ambos conjuntos. En consecuencia, el término eficiencia económica (sin calificativos en particular) se solapa con el paradigma del bienestar general (en su acepción tradicional). Así lo ha reconocido la OCDE: “*Este estándar —o variantes cercanas del mismo— ha recibido distintos nombres, como el de bienestar social o estándar de excedente total. También puede entenderse como un estándar de eficiencia general*”⁴⁰. Motta se expresa en el mismo sentido: “*El estándar del bienestar [general] es una medida que resume cuán eficiente es, en conjunto, una determinada industria, y no aborda la cuestión de cuán equitativa o desigual es la distribución del ingreso*”⁴¹.

Dicho lo anterior, no tendría sentido que el artículo 1 establezca que la eficiencia económica constituye exclusivamente un medio para alcanzar el bienestar del consumidor: la eficiencia económica equivale a la *suma* del bienestar del consumidor y el bienestar del productor (esto es, el excedente total). Si se adoptara la postura tradicional según la cual solo se admite la eficiencia en la medida que redunde en beneficio del consumidor se genera un sinsentido: se afirmaría que el objetivo de la ley es “A” (bienestar del consumidor), y que dicho objetivo puede alcanzarse mediante “X”, “Z” y “A+B” (eficiencia económica). La referencia a la eficiencia económica resulta bajo el referido prisma difícil de comprender.

³⁹ Cadenas, Clovin y Mercant. Op cit. (pp. 22).

⁴⁰ OCDE. (2023). *Consumer welfare standards – Advantages and disadvantages compared to alternative standards*. Op cit. (pp. 13).

⁴¹ Motta, M. (2003). Op cit. (pp. 17).

iv) Sentido de la expresión “libertad e igualdad de acceso de empresas al mercado”

Aun cuando el presente constituye un análisis de la LPDC, no debe perderse de vista que esta se inserta en un determinado marco constitucional. En lo que aquí interesa, se ha sostenido que el entramado de los artículos 7, 8, 10 y 36 de la Constitución consagra la denominada “libertad de empresa”.

La doctrina ha señalado que la libertad de empresa se manifiesta en tres dimensiones⁴²: (i) la libertad de acceso al mercado, que procura la inexistencia de barreras legales o comerciales que impidan ingresar a un sector, permitiendo que cualquier persona pueda desarrollar la actividad empresarial que desee sin restricciones; (ii) la libertad de decisión empresarial, que supone tanto la libre elección del sector y tipo de actividad como la autonomía en su dirección⁴³; y (iii) la libertad de cesación, como contracara de la libertad de acceso, que implica la posibilidad de abandonar la actividad también sin obstáculos.

El desarrollo del principio constitucional de igualdad que realiza la LPDC se vincula con el propio concepto de la libertad de empresa: en efecto, la igualdad en la referida ley implica no solo la posibilidad efectiva de ingresar a un determinado sector, sino también la posibilidad de hacerlo en condiciones equiparables a las de los demás agentes económicos que ya operan en él.

En esta línea, el artículo 4 de la LPDC prohíbe prácticas que afectan esa libertad de acceso. Específicamente, establece como conductas sancionables: (i) impedir el acceso de competidores a infraestructuras esenciales para la producción, distribución o comercialización de bienes, servicios o factores productivos (literal e); y (ii) obstaculizar el ingreso de potenciales competidores a un mercado (literal f).

Asimismo, el mismo artículo sanciona una práctica que se vincula directamente con el principio de igualdad: aplicar condiciones desiguales a terceros en prestaciones equivalentes, colocándolos en desventaja significativa frente a la competencia (literal c).

Es importante destacar que, bajo el ordenamiento uruguayo, ninguna de estas conductas constituye una práctica prohibida *per se*. Por el contrario, tratándose de

42 Cadenas, E., Clovin J. y Mercant J.M. *Op cit.* (pp. 57).

43 Esto surge de forma explícita del artículo 36 de la Constitución: “*Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes*”.

conductas unilaterales previstas en el artículo 4, deben evaluarse conforme a la regla de la razón y —aunque no se encuentre expresamente establecido— solo serán sancionables si son realizadas por un agente que ostente posición dominante.

Lejos de limitar el análisis que aquí se propone, esta precisión lo vuelve aún más pertinente. Si quien incurre en alguna de estas prácticas que restringen el acceso no posee posición dominante —o incluso si la posee, pero logra justificar su conducta en base a eficiencias comprobables—, entonces nos encontramos en el terreno de la competencia legítima. En este sentido, vale recordar lo dispuesto por el artículo 2 de la LPDC: “*La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia*”.

Ahora bien, cuando esa práctica es llevada a cabo por un agente con posición de dominio con el claro objetivo o efecto de restringir la competencia (en los términos del artículo 2 de la LPDC), ello sí será sancionado. Indirectamente, porque afecta la estructura competitiva del mercado, lo que —en el corto o largo plazo— repercutirá en el bienestar del consumidor. Pero más inmediatamente porque afecta la libertad de empresa de los competidores a los que no se les da la chance justa de desarrollar la actividad que desean y de competir (de nuevo, aunque eventualmente el propio mercado los termine expulsando).

Esta relación entre la libertad e igualdad de acceso y la eficiencia económica es ilustrada por Motta en los siguientes términos: “... *la equidad ex ante (es decir, el hecho de que las empresas tengan las mismas oportunidades iniciales en el mercado) es compatible con la política de competencia, la cual debe garantizar campo de juego equilibrado (“level-playing field”) para todas las empresas. En cambio, la equidad ex post (esto es, la igualdad de resultados) no necesariamente coincide la política de competencia, ya que el funcionamiento propio de los mercados implica que las empresas que invierten más, innovan más o, simplemente, tienen más suerte que otras, serán más exitosas y obtendrán mayores ganancias*”⁴⁴.

Una disposición especialmente relevante a los efectos de esta interpretación es el artículo 16 de la LPDC. Esta norma permite suspender las investigaciones por presuntas prácticas anticompetitivas “*por solicitud conjunta de denunciante y denunciado, a efectos de considerar la posible conciliación, siempre que la conducta investigada consista en la situación prevista por el artículo 6º de esta ley y el único perjudicado por la misma sea el denunciante*”. Aunque probablemente se trate de otra

44

Motta, M. *op cit.* (pp. 24-25).

redacción poco afortunada⁴⁵, la realidad es que –desde una interpretación literal– la norma admitiría supuestos donde el único perjudicado sea el competidor.

Cabe destacar que este fin tiene también un vínculo innegable con la protección de la competencia. Esta última, mediante la tutela de las estructuras competitivas, busca prevenir la existencia de barreras a la entrada para nuevos actores o barreras de expansión para competidores existentes, lo que contribuye a equilibrar las condiciones de juego.

V) ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS

Del análisis anterior se desprende con cierta claridad que existen elementos literales y sistemáticos suficientes como para sostener que la LPDC postula múltiples objetivos sin prelación entre ellos. Por consiguiente, no sería estrictamente necesario recurrir a la historia fidedigna de la sanción de la norma para identificar su espíritu.

De todos modos, si subsistieran dudas en relación al tema que nos ocupa, los antecedentes parlamentarios –aun cuando no son del todo esclarecedores- también parecen orientarse en el mismo sentido.

El debate en torno a la sanción de la LPDC es especialmente complejo por dos motivos. Primero, por la diversidad de proyectos y modificaciones que fueron puestos en consideración de los legisladores en simultáneo. Segundo, por tratarse de un tema altamente técnico que requiere cierto conocimiento especializado.

Adelantando lo que se expone seguidamente, lo curioso en relación con la discusión del objeto de la LPDC es que –pese a existir dos bloques con posturas ideológicas aparentemente opuestas- ambos acordaron en un punto: que una ley de promoción y defensa de la competencia debería postular varios objetivos.

A modo de contexto, durante la legislatura 2000-2005, existió un proyecto de ley que logró media sanción (el “**Proyecto Original**”) al que se le volvió a dar impulso durante la legislatura 2005-2010⁴⁶. Lo relevante a estos efectos es que, bajo dicho proyecto, el artículo 1 no incluía una mención expresa al bienestar del consumidor⁴⁷. En su exposición de motivos, el Proyecto Original resaltaba el papel

⁴⁵ Considerando que la norma refiere al artículo 6º que consagra el abuso de posición dominante, es probable que el legislador haya querido hacer referencia a los supuestos de exclusión abusiva (“*exclusory abuse*”) donde el acto afecta de forma directa al competidor, aunque indirectamente afecte también al consumidor. Ver Guerrieri, R. *Op cit.* (pp. 287).

⁴⁶ Repartido N°167 de Abril 2005, Comisión de Hacienda (Carpeta N°104 de 2005). Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/documentos/versiones-taquigraficas/representantes/46/437/0/CAR>

⁴⁷ En aquel proyecto, el artículo 1º rezaba: *La presente ley es de orden público y tiene por objeto la promoción y defensa de la competencia, la promoción de la eficiencia económica, la libertad de iniciativa, la*



central de la competencia como condición indispensable para el funcionamiento eficiente del sistema de mercado. Aunque tangencialmente se mencionaba al consumidor en cuanto beneficiario de los efectos de dicho proceso competitivo, aquél no constituía el eje central del artículo.

En paralelo, en julio de 2005, el Poder Ejecutivo presentó un nuevo proyecto, basado parcialmente en el Proyecto Original, pero con ciertas modificaciones (el “**Nuevo Proyecto**”). Entre ellas, se destacaba –notablemente– la diferencia de redacción del artículo 1 (proponiéndose en el Nuevo Proyecto la que terminó siendo su redacción actual y que se analiza en el presente trabajo).

Ambos proyectos fueron discutidos en varias oportunidades, contando con la participación de distintas autoridades, académicos e integrantes del sector privado que expusieron sus opiniones.

Sin embargo, la discusión parlamentaria decisiva tuvo lugar el 2 de mayo de 2006 en la Cámara de Representantes al momento de votar el articulado.

El Diputado Alfredo Asti, en apoyo al Nuevo Proyecto, empezó por subrayar la relevancia de la tutela al consumidor como aspecto central: “*Por lo tanto, el primer tema es el bienestar de los consumidores activos y pasivos. Hay múltiples argumentos a favor de incluir el objetivo de fomentar el bienestar de los actuales consumidores. ¿Por qué? Porque la incapacidad de los consumidores para ejercer su poder, agregado a que el efecto de la práctica anticompetitiva generalmente está disperso entre muchos consumidores y a la relativa carencia de información, hace que estos no puedan ejercer sus derechos. Pero también es importante la consideración de los futuros consumidores, en la medida en que no solamente deben evaluarse los beneficios para el consumidor de hoy. Por ejemplo, bajos precios podrían tener el efecto de privar a las firmas del incentivo necesario para innovar, invertir, investigar, introducir nuevos productos y mejorar su calidad, y esto perjudicaría a los consumidores futuros. Entonces, un balance entre los beneficios actuales y futuros parece necesario, y el artículo 1º de este proyecto, donde se fijan los objetivos, así lo determina*”.

Sin embargo, ya desde su intervención inicial no descarta la existencia de otros objetivos: “*Por supuesto, tampoco podemos olvidar que en ese mismo artículo se habla del estímulo a la eficiencia y a la libertad e igualdad de acceso a los mercados. Nosotros debemos partir de un aspecto central de este proyecto, pero también de que la defensa de la competencia no es un fin en sí mismo. Las políticas de competencia*

apertura de los mercados, la desconcentración del poder económico así como evitar los usos indebidos de poder de mercado”.

deben ser un complemento de las políticas de inserción regional e internacional del país. Como decíamos, deben ser un incentivo para mejorar la eficiencia, la innovación, la competitividad y el bienestar. (...). Las políticas de competencia tienen como objetivo central el bienestar de los consumidores actuales y futuros, pero son un complemento de las políticas de inserción regional, una fórmula de regulación indirecta que el Estado ejerce para controlar el ejercicio del poder y, en particular, el poder de mercado. Las políticas a nivel internacional, las políticas de defensa de la competencia y su promoción han traído mejora de eficiencia e innovación en competitividad y bienestar (...)". Nótese además que, en más de una oportunidad, el legislador habla de “objetivos” en plural.

Del lado contrario, en relación a la redacción del artículo 1 bajo el Nuevo Proyecto, el representante Jorge Gandini observaba: “*Nosotros creemos que esta es una concepción demasiado restrictiva, que además no resuelve algunos aspectos que nuestra sociedad ya ha tenido que vivir y que ha enfrentado a sectores económicos en perjuicio no de usuarios o de consumidores, sino de productores y proveedores que no están contemplados en este proyecto de ley. Entonces, el artículo 1º, tal como está redactado, protege a quien nosotros queremos proteger, pero en este proyecto de ley de libre competencia no solo queremos proteger al consumidor y al usuario, sino que también queremos proteger al productor. Este también debe tener reglas de juego equitativas..."*

De modo similar, Posada adhería señalando: “*Yo creo que se incurre en un error grave cuando en el artículo 1 de este proyecto se señala como objetivo el de fomentar el bienestar de los actuales y futuros consumidores y usuarios. ¿Por qué? Porque ese no es el objeto de una ley de esta naturaleza. Lo que buscan las leyes de defensa de la competencia, fundamentalmente, es el buen funcionamiento del mercado, y los consumidores son uno de los sujetos que intervienen en el mercado, pero no lo constituyen solo ellos. En el mercado hay productores, hay empresas productoras, hay empresas comercializadoras, hay consumidores y, además, está el propio Estado. En definitiva, lo que se busca con esta regulación es que funcione bien el mercado y que no haya distorsiones. Beneficie a quien beneficie, lo que importa en definitiva es corregir esas distorsiones.*”

En respuesta a las observaciones anteriores, Asti vuelve a intervenir y de forma mucho más explícita verifica que –a su entender– el artículo 1º no tutelaría únicamente al consumidor: “*Se objetaba la definición de que este proyecto tenga como objetivo fomentar el bienestar de los consumidores actuales y futuros, tal como se establece en el artículo 1º. En nuestra presentación inicial explicábamos el porqué de incluir tan prioritariamente, aunque no en forma excluyente, a los consumidores*

actuales y futuros. La razón es que ellos son, obviamente, el eslabón más débil de lo que es un trato comercial. Son los que están absolutamente dispersos; los que tienen poca información; los que tienen pocas posibilidades de accionar cuando son perjudicados. Sin embargo, integrando todos los conceptos que tiene este proyecto de ley, nos damos cuenta de que es solamente -no lo decimos en términos peyorativos- uno de los aspectos importantes, por lo que tiene que ver con ese eslabón más débil, pero está también todo el tema de la eficiencia, la tecnología, la promoción. Por eso decíamos que era un proyecto que determinaba actitudes proactivas y no reactivas. Cuando en una cadena de comercialización se producen determinados beneficios por algunas de las acciones o estrategias definidas, se puede ganar en eficiencia. Lo que se pretende es que esa ganancia de eficiencia vaya a parar, en parte, a manos de los consumidores. Por eso, debe leerse que no deben castigarse algunas conductas que premian a los eficientes, pero se pretende que, pasado el tiempo, esa ganancia de eficiencia se distribuya entre los consumidores actuales o futuros.”

De lo anterior se desprende que la oposición no acompañó la aprobación de la LPDC porque aspiraba a un régimen que no se limitara únicamente a la protección del consumidor, sino que contemplara múltiples objetivos, mientras que el oficialismo votó a favor de la redacción actual convencido de que la norma, además de proteger al consumidor, también ampara otros intereses.

En definitiva, más allá de las diferencias ideológicas y los matices argumentativos, ambas bancadas parecerían haber coincidido en cuanto a que una ley de promoción y defensa de la competencia no debería perseguir un único fin y, concretamente, en virtud de la argumentación realizada por el portavoz de la bancada mayoritaria, la LPDC fue aprobada en el entendido de que con ella efectivamente se pretendía perseguir más de un fin.

VI) CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto en el desarrollo de este trabajo, en función de la ambigüedad sintáctica del artículo 1º de la LPDC, existen argumentos válidos para sostener, en principio, cualquiera de las dos interpretaciones aquí analizadas.

Así, es posible concebir al bienestar del consumidor como el objetivo central y superior de la LPDC, como tradicionalmente se ha hecho. Bajo esta interpretación, de todas formas, debería considerarse el bienestar en un sentido integral -no arbitrariamente reducido a una cuestión de precio-, tomando nota de que comprende también a los futuros consumidores, lo que supone una apreciación necesariamente prospectiva.

Por su parte, existen buenos fundamentos para considerarlo como un fin más, en conjunto y en un mismo plano con el estímulo a la eficiencia económica y la libertad e igualdad de acceso de empresas y productos a los mercados. En efecto, por la propia naturaleza de estos valores, así como por la exégesis del resto de las disposiciones de la LPDC, es razonable sostener que se trata de objetivos autónomos y no meros instrumentos al servicio del bienestar del consumidor.

Asimismo, si bien la promoción y defensa de la competencia, como tal, está presentada en el artículo 1º para especificar que el bienestar del consumidor en la LPDC se persigue a través de ella -de forma indirecta-, ello no impide reconocerla como un objetivo. Es más, en todo caso cabe considerarla como un fin inmediato de la normativa, que permite en mayor o menor medida la consecución de los otros objetivos allí mencionados.

Aunque la interpretación más extendida se ha inclinado por priorizar al consumidor, existen fundamentos textuales, sistemáticos y teleológicos suficientes para sostener que la ley persigue una pluralidad de objetivos. Desde esta última perspectiva, en el marco del análisis de una práctica o concentración, la situación óptima se conformaría por soluciones que satisfagan todos los objetivos, pero la ausencia de orientación hacia uno de ellos no merece censura, en la medida en que se justifique la alineación con los otros. En posibles escenarios de tensión entre ellos lo que corresponde es un ejercicio de armonización.

La complejidad de la tarea, que Emergería únicamente en los supuestos indicados en último término, no puede ser motivo para descartar una interpretación que, en definitiva, tiene bases robustas y permite proteger a un espectro más amplio de colectivos involucrados en el funcionamiento competitivo del mercado y evita recortar supuestos que favorecen al crecimiento de la economía.

En todo caso, ante un precepto que presenta dificultades interpretativas y confiere cierto margen de apreciación para el operador, quizás lo más importante sea que la autoridad de aplicación adopte una posición y que la sostenga con coherencia en el tiempo y en igualdad de contextos. Lo verdaderamente problemático no es optar por una u otra visión, sino la oscilación argumentativa, que según las circunstancias del caso se afirme alternativamente que la LPDC tiene un único objetivo (el bienestar del consumidor) o múltiples fines. Es fundamental la consistencia por razones de seguridad jurídica y de previsibilidad del sistema, dos condiciones indispensables para el adecuado funcionamiento de un régimen jurídico orientado al mercado, que fomente la inversión y haga crecer la economía.



ANUARIO DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR 2025

