

“Contexto de la competencia en los mercados nacionales, las restricciones que pudieran existir a la competencia en Paraguay y una propuesta de estrategia de trabajo desde la CONACOM durante su gestión en los Sectores Económicos que considere pertinente”

Eduardo N. González M.

“La Competencia es una situación deseable en los mercados normales, no obstante, no es un fin per se, sino un medio para lograr que los beneficios de una economía de mercado se trasladen a los consumidores, es decir mejores precios y servicios, así como posibilidad de elección.”

Antecedentes

La Doctrina de Defensa de la Competencia (DDC) se encuentra aún en etapas iniciales en nuestro país, recordamos que la Ley Específica, la N° 4956 es del 2013, su Decreto Reglamentario N.º 1960 del 2014 y la autoridad de aplicación que es la Comisión Nacional de Competencia (CONACOM) que se ha establecido en el 2015. No obstante, los inicios formales de esta doctrina ya tienen tiempo de desarrollarse en países con mercados más grandes y complejos, es así que ya en 1890 podemos tomar como inicio de la doctrina con la *Sherman Antitrust Act* y la posterior *Clayton Law* de 1914, gestadas en los Estados Unidos y que dieron inicio a la aplicación de normas específicas no solamente contra la concentración de capital, sino contra las conductas anticompetitivas en general incorporando los castigos penales.

La aplicación práctica de la doctrina, se inició en el caso de la Standard Oil en 1911, obligando a dividirla en 34 empresas diferentes con lo que se inició propiamente la Defensa de la Competencia como un componente de la Economía y el Derecho Comercial con el objetivo de generar escenarios que en definitiva favorezcan al consumidor.

La investigación por prácticas anticompetitivas de la *American Telephone & Telegraph* (AT&T), operadora monopólica de telecomunicaciones, que se inició en 1974 y culminó en 1984 con la división de la empresa en las siete *Baby Bells* como telefónicas regionales, generando un cambio en el paradigma comercial a nivel global.

Los mercados dinámicos como los de las TICs¹ también han sido objeto de la DDC, en el 2001 Microsoft fue acusado de monopolizar el mercado de navegadores y fue obligado a dividirse en cuatro empresas, y el día 20 de octubre de 2020 la Fiscal General de Estados Unidos presenta una demanda contra Google LLC para evitar que mantenga ilegalmente monopolios a través de prácticas anticompetitivas y de exclusión en los mercados de búsquedas y publicidad.

Justamente con la aplicación normativa y jurídica de la DDC se inició la Regulación Económica de Servicios Públicos, desarrollando la vía para que el Estado pueda intervenir en los procesos económicos, pero a diferencia del intervencionismo normal, esta vez lo hace velando por la Competencia en los distintos mercados maduros y en desarrollo, incluso en mercados que han sido Monopolio Naturales, como los casos de establecer tarifas máximas basadas en costos marginales o generando competencia por el acceso.

¹ TIC: Tecnología de Información y Comunicación

La Doctrina de la Defensa de la Competencia en el Paraguay

Recordemos que la estructura normativa que implica la defensa de la competencia es relativamente nueva en Paraguay, si bien en la Constitución Nacional de 1992, establece la protección a la libre competencia y la prohibición de Monopolios, la Ley 1034/83 del Comerciante en el Capítulo IV, establece criterios sobre competencia desleal no obstante, permite acuerdos comerciales por áreas o zonas (posible colusión) y finalmente el Código Civil de 1985 donde solo se rescata el Art N.º 46, los antes citados no implicaban un compendio que permita establecer y diferenciar los problemas que puedan afectar a la competencia.

Recién en el año 2013 con la promulgación de Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y su Decreto Reglamentario, se puede observar una articulación normativa que permita establecer criterios claros de lo que se considera posición de dominio, mercado relevante y acciones que determinan restricciones a la competencia como lo son la aplicación de precios predatorios, colusión entre firmas, cuotas de mercado, etc.....

Si bien por las normas citadas, las fusiones y concentraciones deben ser analizadas por la CONACOM a fin de poder determinar su viabilidad de acuerdo a la LDC, este proceso aún sigue siendo poco conocido en muchos círculos y su observancia es continuamente ignorada por lo que es fundamental el socializar las normativas y procesos utilizando los mecanismos efectivos de comunicación y posicionamiento, recordamos que aun con 7 (siete) años de promulgación de la LDC tanto la Institución y las normativas son desconocidas por gran parte de la población.

Contexto de la competencia en los mercados nacionales

En Paraguay si bien los mercados tienden a tener un alcance nacional, por su geografía y tamaño, no siempre presentan economías de escala, situación necesaria para que la competencia pueda generar los beneficios esperados, en tal sentido recordemos que de manera natural existen mercados que no cuentan con la cantidad de actores necesarios tanto de ofertantes e incluso de consumidores, con lo cual son mercados imperfectos por definición.

La competencia en Paraguay es susceptible a los problemas derivados de las fallas de mercado como existen en todos los países, sin embargo, la baja escala, la concentración de capital en ciertos actores y en muchos casos las dificultades o barreras en el acceso de los mercados generan condiciones que repercuten en la creación de una situación de competencia estable en el tiempo.

La competencia, es una situación deseable en los mercados maduros sin embargo no es común encontrarlos en un sentido perfecto, incluso muchos consideran a la competencia perfecta solo una construcción teórica, sin embargo, para que los mercados funcionen desde una concepción de eficiencia tanto distributiva como asignativa es necesario que exista un alto grado de competencia.

La existencia de mercados imperfectos es bastante observable en nuestro país, sobre todo en las industrias de red o donde la existencia de costos hundidos y dificultades de acceso al mercado limitan la cantidad de empresas, dándose casos extremos como los monopolios naturales.

No obstante, existen formatos de incluir competencia en estos mercados imperfectos, desde operadores virtuales o de comercialización hasta dividir mercados y por supuesto la competencia por el acceso o por la concesión o licencia para ingresar al mismo.

Una práctica empresarial en Paraguay que se va extendiendo es la integración vertical de conglomerados empresariales en donde varias empresas que pertenecen a un mismo holding o grupo económico poseen las distintas partes de la cadena productiva, en tal sentido se observa este comportamiento en el sector de telecomunicaciones donde hoy los principales operadores de televisión paga, internet, medios de pagos electrónicos (EMPES) son las operadoras de telefonía móvil, incluso una de ellas genera un contenido diferenciado (fútbol local) que distribuye en mayorista pero no a sus competidores en otros mercados, es decir podría tratarse de una situación de prácticas anticompetitivas en mercados cruzados².

Actualmente se verifican situaciones semejantes en el mercado del sector ganadero donde algunos frigoríficos poseen empresas integradas verticalmente actuando incluso en el mercado minorista, además desde la posición del sector ganadero se ha denunciado en su momento situaciones que rayan el abuso de posición de dominio por parte de algunos frigoríficos³. En julio de 2019 la Asociación Rural del Paraguay (ARP) solicitó a la CONACOM que intervenga en esta situación. Como antecedente del desequilibrio de mercado se puede indicar la aprobación, *sin condicionamientos*, de la concentración económica del frigorífico FRIGOMERC S.A. (Minerva Foods) sobre JBS PARAGUAY e INDUSTRIA PARAGUAYA FRIGORIFICA S.A. (Resolución D/AL N°6 del 9 de febrero del 2018).

Un nuevo expediente de concentración económica ingreso bajo el Nro 190/20, "*Frigomerc S.A. y Frigorífico Norte S.A. s/ Notificación de Operación de Concentración*", dicha solicitud ha generado comunicados por parte de los gremios productivos como la Asociación Rural del Paraguay (ARP) y la Asociación Paraguaya de Productores y Exportadores de Carne (APPEC), instando a rechazar la concentración, lo que finalmente se dio por parte de la CONACOM en Setiembre 2020.

Es evidente que una empresa con posición dominante puede provocar situaciones de prácticas abusivas no solamente con el consumidor en forma directa sino también por el lado de los proveedores que suministran bienes y servicios, ya que la empresa con Dominio de Mercado puede fijar precios no solamente de venta sino también de compra (*Ley 4956, Art. 10, Inc.B punto 3*) ya que el volumen de demanda de las restantes empresas es pequeño en relación a la que detenta la posición dominante, esto ocurre principalmente en el sector primario y de commodities.

Las distorsiones de precios tanto a los consumidores como a los proveedores tanto por dominancia o colusión constituyen casos donde es evidente la necesidad de establecer acciones prácticas y reales que permitan disminuir y en su caso evitar acciones que limiten la competencia y la libre fijación de precios en el mercado.

² Graham, E. M. (2002). Subsidies, Market Closure, Cross-Border Investment, And Effects On Competition: The Case Of Fdi In The Telecommunications Sector. *SSRN Electronic Journal*, 10-23. <https://doi.org/10.2139/ssrn.300881>

³ ARP denuncia posible oligopolio de minerva. (2019). <http://www.elagro.com.py>. <http://www.elagro.com.py/ganaderia/arp-denuncia-posible-oligopolio-de-minerva-ante-la-comision-de-la-competencia/>

Restricciones a la Competencia en Paraguay

La falta de conocimiento e implementación de la doctrina de la competencia en el Paraguay ha generado que en distintos sectores de la economía aparezcan actores que terminaron acumulando gran poder de mercado, lo cual puede dar lugar a varias conductas anticompetitivas muchas de ellas ya están arraigadas desde hace mucho tiempo y constituyen estrategias muy utilizadas, como acuerdos con proveedores, precios predatorios bajo esquemas de promociones, distribución de mercados entre empresas, dumping e incluso condiciones de ventas desiguales a posibles competidores.

Los ejemplos anteriores no son casos nuevos ni aislados y teniendo en consideración que existen empresas con integración vertical entre las cadenas de producción y comercialización estas situaciones se dan en mayor medida de lo esperado, y la complejidad añadida es que las mismas son consideradas normales por muchos de los actores económicos.

El desarrollo de grupos empresariales de gran poder económico, y el crecimiento de los mismos buscando nuevas áreas de inversión ha desarrollado grandes asimetrías en mercados normalmente ya establecidos y simétricos, pasando de tener varias firmas con poco poder de mercado a pocos ofertantes pero con importantes cuotas, esto genera el desarrollo de carteles, presión a los proveedores, concentraciones elevadas por lo que en pocos años los mercados relativamente competitivos podrían terminar siendo oligopolios o monopolios, solo basta ver los operadores de televisión por cable, hay ciudades donde existieron varias empresas y actualmente terminaron concentradas en una (1) sola, lo mismo que Supermercados, Farmacias, Distribuidoras, Estaciones de Servicio, Medios de Comunicación, etc.....

El no haber existido mecanismos regulatorios y una LDC previa a la del 2013 fomentaron esta situación, y al haber realizado inversiones en diferentes áreas y mercados generaron un problema de acciones comerciales cruzadas, ya que en algunos son proveedores de insumos con gran poder de mercado y en otros compiten por vender bienes elaborados a partir de los mismos.

Cambiar la composición de un mercado o exigir divisiones de conglomerados no es tarea fácil en el Paraguay, en muchos casos el desarrollo económico inicial en ciertas áreas o zonas está ligado al poder de mercado del dominante, a los acuerdos entre empresas o al establecimiento de contratos de exclusividad, que si lo analizamos bajo una óptica netamente regulatoria deberían ser suprimidos pero desde un contexto Macroeconómico han sido necesarios para el afianzamiento, crecimiento y desarrollo económico.

Por lo tanto, esta situación entre el desarrollo económico y el poder de mercado presenta una restricción grande a la implementación irrestricta de la LDC, es necesario el concertar acciones con el Ministerio de Hacienda, SET, STP y Reguladores Sectoriales a fin de definir estrategias progresivas de inclusión de la Doctrina de Defensa de la Competencia en ciertos mercados ya establecidos.

Las experiencias tanto positivas como negativas en los organismos reguladores sectoriales en el Paraguay ha demostrado, que, aunque se cuente con normativas e instrumental básico para poder desarrollar la regulación de la competencia, es necesario mayor firmeza y experiencia para establecer determinaciones ante actores económicos importantes.

Los procesos de adquisiciones públicas es el ámbito donde la competencia por el acceso es más fuerte, debido a la existencia de licitaciones que por sus características poseen contados oferentes y en muchos casos existen acuerdos colusorios para dividirse mercados y contratos, no permitiendo el ingreso de nuevas empresas por restricciones impuestas en los mismos pliegos de bases y condiciones.

La falta de monitoreo constante de los mercados, publicación de estudios e investigaciones, así como de los indicadores de concentración sumados a la baja percepción de la población sobre la DDC constituyen problemas de base, que sumados a los limitantes presupuestarios, capacidad analítica y establecimiento de la importancia real de la autoridad reguladora generan los problemas o restricciones que no permiten un mayor afianzamiento de la CONACOM para intervenir más efectivamente en los mercados en el marco de la defensa de la competencia.

Estrategia de Trabajo desde la CONACOM

La experiencia ha demostrado que **“existe una delgada línea entre velar y promocionar a la Competencia o intervenir forzosamente las estructuras de algunos mercados funcionales en nombre de la competencia”**. Incluso en países con más tradición de la DDC, ha llevado tiempo y esfuerzo lograr acciones de ajuste a mercados ya establecidos y no sin fricciones.

La CONACOM es una entidad pública relativamente nueva, sujeta a procesos, controles y burocracia, en tal sentido, se precisa de experiencia en Gestión Pública para mejorar la ejecución de su presupuesto, planes y procesos de contrataciones, etc....

No obstante, para que se pueda organizar y fortalecer, es necesario el generar ingresos, aumentando los estudios y análisis sobre procesos de concentración en diversos ámbitos, para ello es necesario mucha mayor interacción con los Reguladores Sectoriales y la DNCP.

Como estrategia de posicionamiento es necesaria la presencia de la CONACOM en la verificación de licitaciones públicas de importancia, recordamos que el Decreto Reglamentario indica en el Art 8° que el Poder Ejecutivo reglamentará por medio de un Decreto específico la coordinación entre la CONACOM y la DNCP, esta normativa aún no fue emitida. Si bien se ha firmado un convenio marco interinstitucional entre ambas entidades recién en Julio del 2020⁴, no posee la fuerza de un decreto y no establece la intervención en los procesos de compras y adquisiciones.

Es importante recordar que el mismo artículo 1° de la LDC indica que se debe proteger y velar por la libre competencia, esto no solamente implica el análisis de concentración que hoy realiza la CONACOM, sino que sus acciones deben tender a perseguir objetivos propios de la Regulación.

⁴ *“Convenio Marco de Cooperación Interinstitucional entre la Comisión Nacional de Competencia (CONACOM) y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas (DNCP)”, 24 de Julio del 2020*

La función de la CONACOM como vemos no es solo el estudiar las concentraciones económicas, debe recoger y analizar datos de los mercados, conocer el comportamiento de los actores, analizar los precios referenciales, por lo que parte de la estrategia de trabajo propuesta es construir un DATA WAREHOUSE o almacén de datos que permita monitorear los niveles de concentración, detectar preventivamente distorsiones de precios, integraciones verticales u horizontales en formato de dumping o posibles acciones que puedan afectar a la competencia.

Una manera de regular los mercados es fijar reglas claras, supervisando y publicando constantemente los índices de concentración (*Herfindahl-Hirschman*, *Lerner*, *Hanna-Kay*, *Entropía*, etc...), con esto se logra un monitoreo constante como factor fundamental para el afianzamiento de la DDC a nivel de la sociedad, medios de comunicación y de los distintos sectores de la Economía, esto en doctrina regulatoria se denomina *Sunshine Regulation*⁵, es decir hacer públicas las acciones, estudios, análisis y el monitoreo del mercado.

Como parte de la estrategia a ser implementada es fundamental disminuir las asimetrías de información entre el Regulador de la Competencia y las empresas, recordemos que los mercados ya no son estáticos sino son dinámicos, las firmas que dominaban ciertos mercados hace 20 años hoy poseen cuotas bajas, hay que conocer los mecanismos de funcionamiento del mercado para lograr disminuir en progresiva las concentraciones o procesos colusorios sin introducir fuertes distorsiones o restricciones a los agentes económicos.

La articulación con los reguladores sectoriales, estableciendo las condiciones para que no existan superposición de funciones, pero sobre todo para definir decisiones con relación a autorizar o denegar permisos, licencias o autorizaciones, a fin prevenir concentraciones.

La propuesta se define en mejorar los ingresos propios de la CONACOM, dotarlo de un Data Warehouse y un Centro de Monitoreo de Mercado para analizar sus componentes, generar estudios e investigaciones, desarrollar analítica de datos y publicarlos regularmente junto con los indicadores de concentración de manera a transparentar los procesos y hacer efectivo los objetivos generales de la Ley de Defensa de la Competencia.

Así también se propone un cambio hacia la proactividad, la LDC no especifica solamente que la CONACOM debe actuar ante denuncias, sino que debe prever las situaciones que atentan a la competencia, es fundamental la capacidad analítica y tener la fuerza regulatoria y legal necesaria para que sus resoluciones sean cumplidas por los distintos actores del mercado.

⁵ Marques, R. C., & Simões, P. (2008). Does the sunshine regulatory approach work? Resources, Conservation and Recycling, 52(8-9), 1040-1049. <https://doi.org/10.1016/j.resconrec.2008.04.002>

Conclusión

La Defensa de la Competencia es una doctrina necesaria en los mercados económicos críticos, en nuestro país existen monopolios y oligopolios en muchos sectores importantes de la economía sin que exista su adecuada verificación, incluso como ya indicamos que en los mercados actualmente competitivos puede darse concentraciones o colusión entre las principales empresas del mismo por lo que volvemos a recalcar la necesidad del control y monitoreo permanente de los mismos.

Finalmente recordamos que la visión de la Doctrina de Defensa de la Competencia busca el beneficio del consumidor, por lo que siempre se debe tener en foco al mismo en las acciones y resoluciones, incluso en la misma LDC indica que se deberá analizar en el caso de conductas anticompetitivas si existen o no beneficios que estas pudieran brindar a los consumidores.

Concluimos que la implementación efectiva de la doctrina de Defensa de la Competencia debe ser aplicada con acciones claras y concretas, la experiencia de diversos países donde las Instituciones de la LDC funcionan correctamente han tenido un impacto positivo en la economía y en los consumidores⁶, por lo que repetimos es necesario afianzar a la (CONACOM) dotándola de más recursos técnicos y financieros, promocionando y transparentando sus acciones y sobre todo cambiando el criterio reactivo pasivo que tuvo durante estos cinco años por una visión proactiva y de monitoreo constante de los mercados críticos de los distintos sectores económicos.

⁶ Competencia y Crecimiento Económico: una aproximación empírica. (2014).
https://www.researchgate.net/publication/261735894_Competencia_y_Crecimiento_Economico_una_aproximacion_empirica