

Evaluación del contexto de la competencia en los mercados nacionales y las restricciones que pudieran existir a la competencia en Paraguay.

En el marco del presente concurso, este análisis requiere inicialmente una perspectiva legal; pasando luego a un enfoque holístico para delinear la estrategia de gestión.

La Ley Nro. 4.956/2.013 “*De Defensa de la Competencia*” (LDC) se sustenta en derechos fundamentales consagrados en la Constitución, específicamente los que tutelan los derechos económicos y que pretenden, entre otros objetivos, estimular la circulación de la riqueza y, desde una perspectiva estrictamente económica, promover una asignación más eficiente de los recursos disponibles. En este sentido, principalmente el artículo 107 (libertad de concurrencia), y – en menor medida – el 108 (libre circulación de productos) se erigen como las bases primordiales para garantizar y salvaguardar el principio de libre concurrencia en los mercados.

La normativa delimita el contexto de la competencia en el mercado nacional y aborda las restricciones que la pudieran afectar, teniendo por objeto ostensible la defensa y promoción de la libre competencia en los mercados; así como corregir y castigar los actos contrarios a ella. Su orientación al bien común y sustento constitucional la caracterizan como norma de orden público.

Sus principios rectores son: la libertad de los mercados, con las limitaciones que la propia ley prevé en atención al interés general; la prohibición del abuso de la posición dominante y de toda conducta destinada a distorsionar o afectar de manera negativa la competencia en el mercado relevante; la valoración de las ganancias de eficiencia económica derivadas de las acciones de los agentes de mercado; y la imposibilidad de considerar como práctica anticompetitiva aquella prerrogativa excepcional conferida por ley (art. 2º); y su ámbito de aplicación considera sus efectos en la competencia en todo o en parte del territorio nacional, aun tratándose de personas jurídicas extranjeras o con domicilio legal en el extranjero (art. 3º).

A su vez, precisa los criterios que permiten presumir la existencia de libre competencia en el mercado: a) la libertad de compra, venta y acceso al mercado en condiciones eficientes y no discriminatorias, salvo las restricciones previstas en la ley; b) la libre determinación de los precios de bienes y servicios, con las excepciones establecidas por la normativa; y c) la conquista del mercado como resultado natural de una mayor eficiencia de los agentes económicos respecto de sus competidores (art. 4º).

Como obstáculos o restricciones a la competencia que pudieran existir en el mercado, la ley prevé tres categorías: los acuerdos prohibidos, las conductas abusivas y las concentraciones económicas; en resguardo de la competencia sanciona dichas prácticas cuando afecten negativamente al mercado.

En lo que respecta a **las concentraciones**, no todas resultan, en sí mismas, atentatorias contra la competencia. La prohibición alcanza únicamente a aquellas que tengan por objeto o efecto generar o reforzar la posición dominante de un agente económico, por implicar un riesgo serio de afectación a la competencia. No obstante, incluso cuando una concentración produzca efectos restrictivos, ésta podría ser admitida por la CONACOM – bajo ciertas condiciones – en virtud de algún aporte significativo al progreso económico y social, o técnico, que mitigue sus efectos negativos (art. 13º, penúltimo párrafo, e inciso b) en beneficio de los consumidores intermedios o finales o por mejorar los niveles de competitividad en los mercados internacionales¹.

El mismo artículo 13º establece los criterios de evaluación de las operaciones de concentración, debiendo considerarse *“la estructura de todos los mercados en cuestión, la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en los mismos, y la competencia real o potencial de competidores situados dentro o fuera de la República del Paraguay”*; así como *“la posición en el mercado de los competidores participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de obstáculos de hecho o de derecho al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución del progreso técnico o económico, siempre que esta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia”*.

En consecuencia, las operaciones de concentración que no representan un obstáculo para la competencia o, aun configurándose una posible restricción, pero con aportes significativos al progreso económico y social (o técnico) en beneficio de los consumidores, serán aprobadas por la CONACOM. En este último supuesto, pudiendo subordinarlas al cumplimiento de ciertas condiciones. El efecto de esta norma sobre los consumidores se manifiesta en la protección de sus intereses, siendo que el impulso al progreso técnico y económico de la industria, la producción y la comercialización, repercutirá en su beneficio.

De la misma manera, los **acuerdos prohibidos** por el artículo 8º de LDC conocen una excepción, al establecer que *“para determinar si las prácticas a que se refiere este artículo deben ser sancionadas o no en los términos de esta Ley, la Autoridad de Aplicación analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia”*.

¹ Por ejemplo, de integración vertical entre productores y empresarios, fenómeno reconocido en la materia con el concepto de “Campeón Nacional”; siempre y cuando no se perjudique a los consumidores finales del mercado interno.

Es decir, podrá permitir la realización de ciertos acuerdos en principio prohibidos, si generan ganancias de eficiencia económica de incidencia favorable al proceso de competencia.

En cuanto al **abuso de la posición dominante**, la LDC establece en su artículo 9º (tercer párrafo) que *“se presume que no existe exposición a una competencia efectiva y sustancial cuando, conforme a criterios de razonabilidad fundados en los parámetros citados en el inciso b) de este artículo aplicables al mercado relevante investigado, se determine que los principios de la libre competencia establecidos en la presente Ley {art. 2º} podrían verse afectados...”*.

Sin embargo, los principios del artículo 2º disponen también una excepción a la regla general precedente, al señalar que: *“a efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el numeral anterior, el órgano de aplicación tomará en cuenta si estas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos involucrados comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas y el beneficio que se traslada a los consumidores”*.

Este análisis permite concluir que las concentraciones, los acuerdos prohibidos y las conductas abusivas se encuentran, en principio, proscritos cuando tengan por objeto o efecto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia en el mercado. No obstante, la normativa otorga un rol central al consumidor final como parámetro para valorar la reprochabilidad de las conductas; constituyéndose la figura del consumidor final en un objeto subyacente de la ley, aun cuando no siempre aparezca formulado como finalidad inmediata. Entiendo que esta visión integral de la ley deviene del desarrollo del principio constitucional que garantiza la calidad de vida de los habitantes².

En definitiva, la LDC persigue la promoción de la libre competencia como medio para incentivar la eficiencia económica, garantizando tanto la protección de aquellos competidores que actúan en observancia de las reglas del mercado y la eliminación de barreras de acceso, como el bienestar de los consumidores. Así entendida, la política de competencia se erige como una herramienta fundamental para el desarrollo de los mercados, en tanto garantiza condiciones de igualdad entre las empresas, promueve la eficiencia económica y genera un entorno propicio para la innovación y el progreso tecnológico.

Se constituye en instrumento que conduce al desarrollo de nuevas tecnologías, a la creación de nuevas empresas y al crecimiento económico de aquellas que operan con eficiencia. Una competencia saludable se refleja en una mayor calidad y diversidad de productos, mejores precios, en la reducción del poder monopólico y en el aumento del excedente del consumidor. Estos son, finalmente,

² Art. 6 de la Constitución.

los resultados de una política de competencia legítima y eficaz; basado en el principio de eficiencia económica, concepto de la teoría económica que alude a la óptima asignación de recursos para maximizar el valor de la producción y la calidad, redundando en un mercado altamente eficiente.

Estrategia de trabajo durante la gestión.

La estrategia de trabajo apunta a un fortalecimiento y consolidación institucional de la CONACOM, con un perfil más activo en el cumplimiento de sus fines.

Las limitaciones presupuestarias y de recursos humanos no justifican la baja e incluso nula productividad en áreas de gestión primordiales de la CONACOM, tras diez años en funciones, más aún si se tiene como parámetro las estadísticas de autoridades de aplicación de la región con similares estructuras, contextos económicos y mercados. La debilidad institucional es una realidad que no se puede negar y es en parte responsable de la tímida cultura de la competencia de nuestro mercado.

Mi propuesta de trabajo identifica aspectos de baja e incluso nula productividad de la CONACOM, incumpliendo previsiones de la LDC tendientes al cumplimiento de sus objetivos y la vigencia de los principios constitucionales que la inspiran; su abordaje con objetivos tangibles y realistas son ejes de gestión prioritarios.

La limitación de recursos del Estado para atender necesidades ilimitadas es una realidad que hace irrazonable presuponer mejoras presupuestarias sustanciales a corto o mediano plazo. Así, resulta innegable que el fortalecimiento y la consolidación institucional deberán valerse de otras alternativas viables, como la cooperación internacional e interinstitucional; estimando que existen perspectivas de resultados favorables a través de estas herramientas de gestión.

Desde mi experiencia en la alta gestión pública (Ministerio de Justicia) captando y ejecutando exitosamente programas de **cooperación internacional** con el Banco Mundial, IFC (International Finance Corporation), Gobierno de los Estados Unidos de América, KOICA, UNODC, UNOPS, PAcCTO; considero factibles para una eventual cooperación a los primeros cuatro citados e identificando además como alternativas válidas a la UNCTAD, la OCDE y el BID.

Es importante asentar que toda cooperación internacional debe ser asumida como una asistencia de países fraterno u organismos internacionales, pero descartando toda pretensión de imposición de criterios, valores o realidades ajenas a

la del Paraguay; salvaguardando el principio constitucional del ejercicio del poder público³.

Además del intercambio de experiencias con autoridades de aplicación de la región (con mercados y contextos económicos similares al nuestro) y la capacitación de recursos humanos de la CONACOM, un objetivo prioritario a cumplir con cooperación internacional es **ESTABLECER LOS LINEAMIENTOS – O GUÍA – PARA ESTUDIOS DE MERCADO**, clave para la evaluación de posibles restricciones (concentraciones, acuerdos prohibidos o conductas abusivas) y también como análisis preventivo en sectores económicos no regulados que denotan cierto grado de concentración riesgoso (conforme lo facultó el art. 29 inc. h) de la LDC, y art. 11, último párrafo del Decreto Reglamentario⁴, en concordancia con el art. 57 inc. m), principalmente los de mayor sensibilidad a la economía familiar o a la producción e industria nacional.

En este sentido, la CONACOM no ha realizado ningún estudio de mercado⁵, a pesar de constituirse también en un insumo objetivo y decisivo para el inicio de procedimientos de oficio que pueden ser requeridos por el Directorio (art. 49 de la LDC); tampoco estableció lineamientos o guías para su realización⁶.

Resulta fundamental contar con una sistematización adecuada y correcta metodología en los estudios de mercado que las diversas dependencias de la CONACOM tienen la facultad y deber legal de realizarlos, por tratarse de insumos de incidencia decisiva para las resoluciones del Directorio; no deben ofrecer márgenes de imprecisión o falsedad que contaminen sus decisiones.

La incidencia negativa de esta nula productividad en la materia, con diez años de morosidad, se evidencia al evaluar la aprobación de una importante operación de concentración – realizada hace unos años – en un rubro de vital importancia para la economía familiar y también para un sector productivo que se erige como uno de los pilares de nuestra economía.

Al respecto, la metodología y aplicación de índices económicos en el estudio de mercado del sector que fundaron la decisión del directorio han sido objeto de razonadas críticas de autores especializados. Además, diversos actores claves del rubro (asociaciones, productores y competidores) que advirtieron que la operación

³ Art. 3 de la Constitución.

⁴ Haciendo el Decreto Reglamentario una distinción entre sectores regulados, no regulados y la potestad de hacerlo de oficio para determinados productos o servicios; existiendo una aparente contradicción entre lo previsto en el segundo y tercer párrafo.

⁵ Se encuentra publicado un “Estudio de Mercado: Sector Farmacéutico y de Insumos Médicos en Contrataciones Públicas, Periodo 2.012-2.022” (marzo de 2.025), realizado por la CONACOM con cooperación del BID, pero limitado exclusivamente a las compras públicas del Estado.

⁶ Encomendada al Directorio de CONACOM, conforme a lo previsto por 48º, numeral 2, inciso m), consta en la página web de la institución que a partir de 2.020 se han emitido ocho guías sobre diversas materias, a razón de una por año (2.020, 2.023 y 2.024), tres (2.021) y dos (2.022); no así sobre estudios de mercados.

generaría efectos perniciosos en detrimento de la competencia y de los consumidores, señalan que los mismos se consumaron y perduran hasta ahora.

Sin ánimo de descalificar la decisión de la CONACOM, lo que se pretende es ilustrar la importancia de contar con lineamientos de estudios de mercados con los mejores estándares, minimizando riesgos de errores de metodología, además de capacidad instalada y experiencia en su elaboración, por ser un factor determinante para la toma de decisiones. La solidez de sus argumentos, a pesar de la libertad de crítica, resulta fundamental para la credibilidad y legitimidad del ejercicio de funciones, siendo además aplicable el principio anglosajón “*justice must be seen to be done*”.

En cuanto a la **cooperación interinstitucional** también encaminada a un perfil activo de la CONACOM en el estudio de mercados de sectores económicos no regulados⁷ – de nula productividad hasta el momento – se plantea establecer alianzas estratégicas con entidades del Estado que tengan capacidad instalada y experiencia en la materia, como el Banco Central del Paraguay⁸ y el Ministerio de Economía y Finanzas⁹, generando además incentivos para establecer programas de pasantías y/o comisión de sus funcionarios que refuercen las dependencias competentes de la CONACOM; tendiente a la **REALIZACIÓN PERIÓDICA DE ESTUDIOS DE MERCADOS DE ANÁLISIS PREVENTIVO** – siguiendo los lineamientos previamente establecidos – como insumos para el análisis de casos y otros que la CONACOM estime pertinentes examinar para determinar riesgos en el mercado respecto a determinados productos o servicios no regulados, fijando metas anuales realistas.

Siguiendo con la estrategia de gestión tendiente al fortalecimiento y consolidación institucional, otro objetivo tangible de gestión será la elaboración de una **PROPUESTA DE DECRETO DE COORDINACIÓN CON LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE REALIZAR COMPRAS PÚBLICAS O DE CONTRATAR SERVICIOS**, para el establecimiento de criterios preventivos de licitaciones colusorias (acuerdo prohibido, según lo determina el art. 8º inciso f) de la LDC), de detección y actuación en caso de indicios de posible colusión entre oferentes, dando cumplimiento al artículo 7º del decreto reglamentario de la ley. Esta propuesta, y el impulso para su aprobación, deberá ser articulada en el marco de una mesa de trabajo interinstitucional con el MIC, la Presidencia de la República (a través de su Asesoría Jurídica) y la DNCP.

Si bien la CONACOM ha publicado una “*Guía de Recomendaciones en materia de Colusión en Contrataciones Públicas dirigida a Instituciones Públicas*” (sept/ 2.022), enfocado a los criterios preventivos y de identificación de licitaciones colusorias – no así de actuación ante la configuración de indicios –, el documento además de incompleto no genera obligación de cumplimiento; no tiene la fuerza legal

⁷ Que presentan altos grados de concentración y que podrían constituirse en obstáculos para la competencia, principalmente productos o servicios con incidencia en la economía familiar y cadena productiva (posible afectación a consumidores)

⁸ Gerencia de Estudios Económicos.

⁹ Dirección General de Estudios Económicos y Sociales, Viceministerio de Economía y Planificación.

del decreto de coordinación requerido. Puede considerarse un avance, pero tres años después de su publicación no existen datos respecto a algún proyecto de decreto elevado a la Presidencia de la República a través del MIC.

El señalamiento de la inexistencia de este instrumento legal de coordinación entre la CONACOM y las entidades del Estado en lo concerniente a colusión en contrataciones públicas, es un vacío legal que ya lleva diez años sin ser debidamente abordado por la CONACOM; su necesidad y urgencia deviene manifiesta de sus propias estadísticas y análisis plasmados en el “*Estudio de Mercado: Sector Farmacéutico y de Insumos Médicos en Contrataciones Públicas, Periodo 2.012-2.022*” (marzo/2.025), sector que representó en 2.022 el 32% del total de las compras públicas, el 6,90% PGN, por valor de US\$ 997.229.917.

Sus conclusiones y recomendaciones relevantes señalan: “... 4. *En cuanto a la concentración de mercados observada, queda muy claro que, a mayor nivel de desagregación de los submercados, la proporción de mercados altamente concentrados aumenta considerablemente en el sector de compras públicas para productos farmacéuticos e insumos médicos...De estos 183 submercados, tienen una cuota igual o superior al 45% del proveedor más frecuente.* 5. *Se observan claramente peligros de colusión... Específicamente, al evaluar posibles indicios de reparto de mercado o acuerdos de no competencia a través de dos técnicas específicas y complementarias entre sí...*”.

En síntesis, conforme a los fundamentos y metodología expuestos, la estrategia de trabajo tendiente a un fortalecimiento y consolidación institucional de la CONACOM, con un perfil más activo y protagónico, ofrece tres productos de gestión tangibles:

- 1. Establecer los lineamientos – o guía – para estudios de mercado.**
- 2. Realización periódica de estudios de mercados de análisis preventivo.**
- 3. Propuesta de decreto de coordinación de la CONACOM con las autoridades encargadas de realizar compras públicas o contratar servicios.**