

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PARAGUAY ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN SU SEPTENIO DE VIGENCIA *COMPETITION LAW IN PARAGUAY ANALYSIS OF ITS ENFORCEMENT IN ITS SEVENTH YEAR IN EFFECT*

Cynthia Andino*
Consultora independiente

This document analyses the disenchantment and failure of the Paraguayan Competition Act, Law 4956, after seven years since it came to effect.

In this article, the author studies the Competition Act, its history, as well as the Competition Authority –CONACOM–, its structure, and resolutions. Additionally, she presents the conclusions and recommendations for its reform and future challenges.

KEYWORDS: CONACOM; antitrust; collusive agreements; abuse of a dominant position, merger control; Paraguay Competition Act.

Este documento analiza los errores y el impasse de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay, Ley 4956, después de siete años de su existencia.

En el presente artículo, la autora se centra en analizar la normativa paraguaya de libre competencia y su historia, al igual que a la Autoridad de Competencia –CONACOM–, su estructura y resoluciones. Asimismo, se presentarán en el texto diversas conclusiones y recomendaciones para su reforma, desafíos y futuros retos.

PALABRAS CLAVE: CONACOM; libre competencia; acuerdos colusorios; abuso de posición de dominio; control de concentraciones; régimen de competencia de Paraguay.

* Licenciada en Comercio Internacional. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Estrasburgo y Máster of Laws (LL.M.) en Derecho del Comercio Transnacional y Finanzas por las Universidades de Deusto y Tilburg (Programa Erasmus Mundus). Ex coordinadora de los grupos de Defensa Comercial y Defensa de la Competencia – CT5 de Paraguay ante el Mercado Común del Sur. Ex miembro de la Comisión Redactora de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay y Coordinadora Nacional del Programa COMPAL – Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Consultora independiente en Comercio Internacional y Libre Competencia (Asunción, Paraguay). Contacto: cynthiaandino@hotmail.com

La autora agradece las contribuciones de David Sperber y Javier Acuña para este ensayo. También expresa gratitud a los miembros de la UNCTAD y a las autoridades de Defensa de la Competencia que apoyaron al Ministerio de Industria y Comercio durante el proceso de redacción del anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 18 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 23 de septiembre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

La defensa de la libre competencia en la República del Paraguay está consagrada y tutelada en la Constitución Nacional¹, la cual estipula, entre otros aspectos, que no se permite la creación de monopolios. Asimismo, garantiza la libre concurrencia en tanto principio básico que avala una economía de mercado competitiva, eficiente y justa.

Sin embargo, pese a contar con un mandato constitucional incuestionable, la historia de la defensa de la competencia en el Paraguay tuvo un arduo y prolongado debate. Ciertos sectores buscaron obstruir la promulgación de la ley a través de una activa participación y *lobby*. Empero, luego de más de 10 años de porfía, el 25 de junio de 2013 se materializó en tierra guaraní la normativa de protección a la libre concurrencia: la Ley 4956, Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). De este modo, Paraguay se convirtió en el penúltimo país de Latinoamérica en promulgar legislación específica de libre competencia.

De forma posterior a la publicación de la LDC, el 14 de abril de 2014 mediante Decreto 1490 el Poder Ejecutivo promulgó el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, RLDC). Con esto, se logró la meta de contar con una normativa para remediar los actos anticompetitivos que perjudican a la libre competencia y brindar un marco para la regulación de concentraciones económicas.

Si bien Adam Smith estaba en contra de la regulación del mercado, pues consideraba que cualquier traba en el mercado sería resuelta por la mano invisible del mismo, la práctica nos ha demostrado que esa aseveración es un precepto quijotesco. Prueba de ello es la existencia de normas de libre competencia a nivel mundial y la casuística que expone los perniciosos efectos de los cárteles, los cuales solo han detenido su conducta anticompetitiva al ser descubiertos o delatados. Si ello no hubiese acontecido, los operadores económicos hubiesen continuado con su práctica ilegal por un tiempo indeterminado, en desmedro de los demás competidores y consumidores.

En atención a ello, el presente estudio se lleva a cabo por la relevancia del tema y el gran impacto

que tiene la correcta regulación del mercado en las vidas de los ciudadanos. Además, esta investigación aporta al mundo académico un análisis novedoso, ya que no se evidencia un estudio de la normativa de defensa de la competencia del Paraguay ni de la aplicación de la misma. Asimismo, tampoco se han analizado los resultados obtenidos por la Autoridad de Aplicación como ente regulador del mercado desde la entrada en vigor de la normativa de competencia, hace siete años².

Por tanto, en primer lugar estudiaremos la LDC y para ello nos referiremos a las conductas anticompetitivas sujetas a la ley, el régimen de concentraciones económicas, el diseño institucional, las actuaciones de oficio de la autoridad de competencia y su gestión. En segundo lugar, examinaremos los estudios de mercado que han sido realizados por la autoridad de competencia –para evidenciar si la cultura de libre competencia se encuentra instalada en la sociedad– y, tras ello, las actividades de abogacía que se han realizado para tal efecto. En tercer lugar, revisaremos la labor efectuada por los órganos encargados de auditar la gestión de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CONACOM). Finalmente, realizaremos un estudio de caso. En síntesis, en el presente texto evaluaremos si la implementación de la LDC ha impactado positivamente en Paraguay.

Cabe mencionar que en este trabajo no trataremos la normativa supranacional, a saber la relativa al Mercado Común del Sur – MERCOSUR. Tampoco abordaremos la relación entre la LDC con otras leyes nacionales, aunque sí mencionaremos brevemente su existencia. De ahí que nos remitiremos a legislación comparada para mejor referencia de las normas que han evolucionado y adecuado su regulación a las mejores prácticas internacionales como es el caso de Brasil, Uruguay, la Unión Europea, entre otros.

A. Antecedentes

Como precedente a la promulgación de la LDC trataremos tres aspectos relevantes: los anteproyectos presentados y tratados en el Congreso de la Nación paraguaya, la asistencia técnica internacional recibida como un aporte sustancial en el proceso instaurador de la Ley y el caso de *Casa*

¹ Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992 [Const.]

De la libertad de concurrencia. Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal (1992, artículo 107).

² Para más información al respecto, véase el artículo en inglés que redacté en el año 2016. En este doy cuenta únicamente de la normativa, y no de su aplicación, ya que en ese entonces la Autoridad estaba aún en proceso de formación y no había resuelto ningún caso. Véase Andino (2017).

Grütter, detonante y acto controversial que puso en evidencia las prácticas de ciertos sectores económicos ante la ausencia de la LDC.

1. Anteproyectos de ley y debate

Para iniciar el análisis indicamos que cinco anteproyectos fueron presentados en el Congreso de la Nación. En primer lugar, en el año 2003 fue presentado el primer anteproyecto de la LDC, el cual fue objeto de debates internos y de dictámenes sin arribar a un dictamen final (Expediente 30058, 2003).

Posteriormente, distintas agrupaciones presentaron otros anteproyectos, así como también lo hicieron legisladores, el sector privado y el Ministerio de Industria y Comercio del Paraguay (en adelante, MIC).

De ese modo, en el año 2007 los diputados Edmundo Rolón y Hans Werner Thielman presentaron el segundo anteproyecto (*Última hora*, 2008), materializado en el Expediente 9481. Pese a llegar a dictarse dictámenes sobre el mismo, en el año 2008 fue rechazado. Cabe resaltar que

[c]on respecto a este proyecto, en medios de prensa fue publicado el lobby realizado por representantes de la FEPRINCO, quienes se reunieron con la Comisión de Asuntos Económicos y Financieros de la Cámara de Diputados. El periódico sostenía que: “El proyecto de ley de Defensa de la Competencia fue aprobado en diputados, pero los sectores de la industria y el comercio no están de acuerdo con los términos del texto porque consideran que podría limitar la competencia” (Pereira Fukuoka, 2011, p. 4).

Así, el resultado fue el rechazo y archivo del anteproyecto. A cambio, los mencionados grupos del sector privado se habían comprometido a presentar un nuevo proyecto en el plazo de seis meses, situación que no ocurrió.

Años después, en abril de 2010 la Federación de la Producción, la Industria y el Comercio (en adelante, FEPRINCO), una asociación de varios sectores empresariales nacionales, presentó ante el Congreso un proyecto de ley redactado por un grupo de abogados contratados para tal efecto, materializado en el Expediente D-1224404 (Diario ABC, 2010c). Este proyecto fue presentado formalmente y debatido, para ser luego vinculado al anteproyecto presentado por el MIC, que mencionaremos *infra*. Dicho anteproyecto fue patrocinado por varios diputados, entre ellos, Ariel Oviedo, Luis Gneiting, Víctor Bogado, Blanca Lila Mignarro y Mario

Morel, según consta en el Sistema de Información Legislativa del Congreso Nacional.

El 31 de agosto de 2010 los senadores Roger Caballero y Alfredo Stroessner presentaron el cuarto anteproyecto; materializado en el Expediente S-105536, el cual fue debatido en ambas cámaras y duramente criticado por el sector privado, quienes públicamente manifestaron su descontento y atribuyeron la creación del anteproyecto al MIC (Diario ABC, 2011). Aunque esta acusación no fue probada, tampoco hubiera estado fuera de lugar, ya que dicha gestión correspondía a la institución. Empero, el anteproyecto fue rechazado y archivado en agosto de 2013.

Finalmente, en el año 2011 –y ante la reticencia del sector privado– el MIC presentó un anteproyecto de ley, materializado en el Expediente D-1224404, como producto de un trabajo consensuado con el sector privado. Sin embargo, se evidenció que esta propuesta en realidad se aproximaba al tercer anteproyecto –la elaborada y presentada por el sector privado ante el Congreso en abril de 2010– con algunas leves modificaciones, siendo este hecho inusual en la regulación en materia de competencia comparada. Por tal motivo, la Organización No Gubernamental (en adelante, ONG) BASE Investigaciones Sociales se pronunció al respecto calificando tal hecho como un **absurdo jurídico**. Asimismo, criticaron el proyecto y lo consideraron como inaplicable e inconstitucional y comunicaron lo siguiente:

[...] Expresamos nuestro total rechazo al actual proyecto de ley presentado por la FEPRINCO con el aval del Ministerio de Industria y Comercio, y exigimos el debate y tratamiento parlamentario del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado por el MIC en el año 2003, paralizado en comisiones del Senado de la Nación (BASE Investigaciones Sociales, 2011).

El proyecto del MIC fue vinculado al de la Feprinco para su tratamiento en el Congreso (de allí que mencionamos que es el mismo, pues caso contrario no hubiese sido vinculado), siendo este último finalmente promulgado en el Congreso de la Nación (Diario ABC, 2011). La mencionada ONG manifestó además que el proyecto de LDC aprobado fue elaborado por la Feprinco con algunas pocas modificaciones para ser un órgano controlado por ella (2011) y afirmaron lo siguiente:

En relación al sistema institucional de aplicación de la ley de defensa de la competencia previsto, se considera al anteproyecto de la FEPRINCO como el más lesivo a los intereses

generales, y con una configuración que estaría incluso viciada de inconstitucionalidad por pretender corporativizar facultades y obligaciones del poder público, en este caso, del Poder Ejecutivo y del Ministerio de Industria y Comercio (Diario ABC, 2010c).

En ese contexto, se distingue que la Ley aprobada tiene una peculiaridad, la denominada Junta de Calificaciones, impuesta por determinados grupos del sector privado a través de la FEPRINCO, figura que detallaremos *a posteriori*.

2. Asistencia técnica internacional

En el año 2009 se recibió en el MIC la asistencia técnica de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, por sus siglas en inglés, UNCTAD), con la visita de una misión de trabajo a efectos de concientizar a nivel público y privado la necesidad de adoptar en Paraguay una Ley de Defensa de la Competencia. El Presidente de la República recibió a la comitiva de la misión. Esta estuvo compuesta por el ministro y viceministro del MIC, por mi persona en calidad de directora de Normas y Negociaciones Comerciales del MIC, por autoridades del Departamento de Competencia y Defensa del Consumidor de la UNCTAD, por miembros del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, por representantes del Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil y de la Fiscalía Nacional Económica de Chile³.

En esta misión se expuso al Presidente de Paraguay los beneficios que la legislación de libre competencia otorga al comercio, mercado y consumidores. Posteriormente, se tuvieron reuniones en el Congreso de la Nación y se realizaron seminarios y talleres. Asimismo, en los años posteriores se complementaron los esfuerzos de la misión con otras visitas de expertos con la academia y representantes del sector privado.

De igual modo, en el año 2010 a través de la asistencia técnica de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional se recibió la visita de expertos de la Federal Trade Commission y del

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile⁴, con el objetivo de desarrollar actividades de sensibilización y concienciación dirigidas principalmente al sector público, privado, legislativo y académico.

En suma, se destaca la importancia de la asistencia técnica internacional recibida de diferentes organismos y autoridades nacionales de otros países para el cumplimiento de este cometido. Se evidencia que sin el apoyo de estos organismos e instituciones es probable —a juzgar por la reticencia que hemos atestiguado— que dicho proceso hubiese tomado más años de labor.

3. Casa Grütter y otros

Enfatizamos que si bien el debate empezó *a priori* del año 2003 no fue sino en el 2010 en que este tema resurgió, ante una polémica publicación en un diario impreso por parte de un comercio mayorista-minorista denominado Casa Grütter (Diario ABC, 2010a). Ello se evidencia en que pese al rechazo del proyecto de ley de los diputados Rolón y Thielman en el año 2008 y al compromiso del sector privado de presentar un nuevo anteproyecto en seis meses, nada aconteció sino hasta el 2010.

En tal sentido, Casa Grütter denunció públicamente a través de una carta abierta la presión por parte de un grupo de proveedores de insumos para que el comercio suba sus precios debido a que otros clientes —en concreto, supermercados— estaban amenazando con dejar de comerciar con ellos si seguían proveyendo a Casa Grütter, pues vendía a un precio menor⁵ (Diario ABC, 2010a). Luego de esa publicación, se confirmó que llegaron a ser 35 las empresas que dejaron de vender a Casa Grütter.

Ante este hecho, los directivos de Casa Grütter recurrieron al MIC, institución que intentó mediar llamando a ambas partes a efectos de lograr conciliar. Finalmente, los representantes de Casa Grütter manifestaron que no tuvieron otra opción que ceder ante la extorsión y ajustarse a los precios que les imponían los proveedores: es decir,

³ Al respecto, participaron Hassan Qaqaya y Pierre Horna en representación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD). A su turno, Juan Luis Crucelegui y Joseba Andoni Bikandi participaron en representación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Finalmente, participaron Fernando Furlan y Mónica Salamanca en representación del Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia de Brasil y de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, respectivamente.

⁴ En representación de la Federal Trade Commission, participaron Armando Irizarry y Ellen Connelly. Javier Vellozo participó en representación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁵ Algunas de las firmas que se negaron a seguir proveyendo, según una fuente periodística, fueron Unilever, Chortitzer Komitee, La Holanda, Laboratorio Santa Margarita, Distribuidora del Paraguay, Profarco, ARcor, Ancla, Nivea, Nicovinos, y Saprocal.

subieron los precios. Todo esto bajo la luz pública y ante la desidia de los que deberían proteger los intereses de los ciudadanos de bajos recursos económicos, considerando que Casa Grütter se caracterizaba por comerciar en un sector popular.

La ONG Base Investigaciones Sociales se manifestó ante ello de la siguiente manera: “[e]s indiscutible la gravedad de los hechos. Nada más y nada menos que los precios de los alimentos (aquellos que definen los niveles de pobreza extrema) están siendo controlados por un cártel al más puro estilo de la mafia” (2010). Asimismo, manifestaron la necesidad urgente de intervención del Estado ante este tipo de situaciones.

En adición a ello, Juan Vera, presidente de la Asociación de Usuarios y Consumidores del Paraguay, calificó el hecho como terrorismo comercial e indicó que los supermercados cuentan con personas que monitorean los grandes almacenes y tiendas. Si encuentran que los precios son más bajos que los suyos (precios referenciales), entonces presionan a los proveedores para que obliguen a sus demás clientes a subir sus valores. Manifestó además que la mayor parte del mercado está cubierto por dos supermercados del mismo dueño (Diario ABC, 2010b). Al respecto no sabemos si esta práctica ya ha sido erradicada del mercado. Sin embargo, lo más probable a juzgar por la falta de prevención y supervisión del mercado por parte de la CONACOM es que este tipo de *praxis* persiste.

II. MARCO LEGAL

En este apartado presentaremos el conjunto normativo relacionado al régimen económico de libre competencia del Paraguay, resumiendo así según la legislación comparada la fuente de inspiración que los redactores eligieron para este menester.

A. Ley 4956 Defensa de la Competencia

El 21 de junio de 2013 la Ley de Defensa de la Competencia fue emitida por el Congreso de la Nación del Paraguay, siendo publicada en el Registro Oficial el 25 de junio del mismo año. Esta ley es aplicable a los agentes económicos públicos y privados, nacionales o extranjeros, incluso cuando su objeto o efecto sea realizado fuera del territorio nacional pero tenga repercusiones en el país o en parte. Asimismo, es aplicable a las entidades del gobierno central y entes descentralizados que ejercen monopolio estatal y aquellas entidades autorizadas por ley.

Se advierte que en cuanto a técnica legislativa la LDC presenta fallas relevantes, en especial al haber omitido importantes elementos para su efec-

tividad. Como ejemplo, se puede mencionar la ausencia de un control *ex ante*. Según la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD “[...] ninguna empresa debería realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera” o *ex ante* (2010). No obstante, la FEPRINCO se opuso a ello y se eligió la modalidad *ex post*. Esta afecta a la debida aplicación de la normativa de libre competencia como veremos en el estudio de caso.

La norma paraguaya se inspiró en varias legislaciones. En concreto, se inspiró principalmente en la normativa comunitaria europea —especialmente en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)—, así como en la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay (Ley 18.159, 2007), entre otras.

Al mismo tiempo, la norma paraguaya incluyó la figura de la Junta de Calificaciones para la nominación de las máximas autoridades de la CONACOM, que fue exigida por la Feprinco. Al respecto, durante las reuniones técnicas con los abogados del sector privado, al querer estos incluir alguna otra cuestión peculiar, se les manifestó que eso no formaba parte de las mejores prácticas y de la doctrina internacional, a lo que uno de ellos expresó que esta sería una “ley *sui generis*” por las características del Paraguay.

B. Decreto 1490 por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia

Por su parte, el 14 de abril de 2014 el Presidente de la República del Paraguay dictó el Decreto 1490 por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia antes explicada. Si bien la finalidad del RLDC es hacer operativa la Ley, es claro que al ser de menor jerarquía no podría modificarla. No obstante, se observan ciertas inconsistencias entre la LDC y el RLDC, debido a la ampliación de obligaciones por vía reglamentaria que se exponen en este ensayo.

En relación a ello, podría cuestionarse el motivo de la omisión de algunos aspectos en la LDC que sí se encuentran en el RLDC, tales como el control de concentraciones económicas *ex ante* facultativo, puesto que, en cambio, la LDC solo lo estipula *ex post*. Incluso, en los procedimientos de investigación la LDC no prevé como atribución de la CONACOM la realización de allanamientos en los establecimientos, conocidos también como inspecciones sorpresas (*dawn raids*); empero, el RLDC sí le otorga dicha facultad, la cual debió ser incluida en la LDC. Así también, la determinación de las sanciones que figuran en el RLDC debió tipificarse en la Ley.

Cabe resaltar, que al igual que en la elaboración del proyecto de Ley, en la cual participó de forma enérgica el sector privado, aconteció lo mismo con la elaboración del RLDC. El MIC constituyó un grupo de trabajo del que formaron parte representantes de la Feprinco, la Unión Industrial del Paraguay (UIP), la Cámara de Anunciantes del Paraguay (CAP), la Cámara de Industriales Farmacéuticos (CIFARMA), el Centro de Importadores del Paraguay (CIP), entre otros gremios empresariales (Diario ABC, 2013). Una vez más, todos los que deben ser fiscalizados por la norma, tuvieron una participación activa en la redacción de la ley que tiene por fin regularlos. Por lo tanto, se recalca que la LDC y el RLDC son el resultado de la participación de los mencionados gremios.

III. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y CONTROL DEL MERCADO

En relación a las conductas anticompetitivas se realizó una agrupación de las mismas a efectos de una mejor comprensión de la tipificación elegida para la legislación del Paraguay. Asimismo, la norma paraguaya estableció que para determinar el cometimiento de una infracción se sigue el criterio de la *ex imperio rationis* o regla de la razón. Además, en esta no se mencionan conductas que son ilegales *per se*⁶ o por sí mismas. Ello fue en contra de las mejores prácticas internacionales, las cuales recomiendan —en especial para las nuevas agencias— la utilización de la regla *per se* para los cárteles, ya que al comienzo la nueva Autoridad no cuenta con la pericia suficiente ni de recursos humanos capacitados con el *expertise* necesario para analizar determinadas conductas.

Se destaca que los expertos internacionales que asesoraron al MIC durante las reuniones de trabajo recomendaron incluir la regla *per se*, para facilitar la labor inicial de la agencia, así como también tener una norma eficaz, moderna y adecuada a las mejores prácticas del Derecho de la Competencia. Sin embargo, dicha recomendación fue rechazada por los abogados del sector privado.

Por otro lado, el artículo 6 de la LDC define el mercado relevante, esto es decisivo para determinar si se cometió o no infracción a la Ley y deriva de ello su importancia. No obstante, la actual definición de mercado relevante debe ser modificada,

debido a que ella la subordina a una restricción o abuso que tenga un aumento significativo en los precios, y existen conductas no basadas en precios, como es el caso del artículo 8 literal j) sobre la denegación colectiva injustificada de admisión a una asociación⁷.

Se hace referencia en los artículos 8 y 9 de la LDC a los acuerdos restrictivos de la competencia y al abuso de posición dominante, los cuales analizaremos a continuación. Estos se encuentran basados en los artículos 101 y 102 del TFUE y, asimismo, son casi idénticos al articulado de la ley uruguaya, con algunas modificaciones de forma y otras de fondo (al incluir u omitir en la norma alguna palabra o frase).

A. Acuerdos restrictivos de la competencia

Los acuerdos entre operadores económicos son prohibidos siempre y cuando limiten o afecten la libre competencia en el mercado. Los acuerdos anticompetitivos —también denominados prácticas colusorias— son pactos por lo general secretos entre los agentes económicos, quienes se coluden para no competir o para afectar a un tercero. Estos acuerdos se clasifican en: (i) horizontales, cuando son entre competidores de un mismo bien o servicio; y (ii) verticales, cuando son entre aquellos que están integrados en la misma cadena.

Dentro de estos acuerdos tenemos los llamados cárteles que son las conductas más perniciosas para toda economía de mercado. Se puede evidenciar un ejemplo de ello cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo de forma prolongada para fijar el precio de un producto y acordar de manera conjunta el cambio en el valor del mismo a efectos de no competir. Con este tipo de práctica se perjudica a los consumidores quienes tienen que pagar un precio superior al de competencia perfecta, enriqueciéndose así los empresarios a costas de los consumidores.

En concreto, el artículo 8 de la LDC estipula una lista no taxativa de los acuerdos prohibidos:

- a) Fijar o imponer, de forma directa o indirecta, o recomendar colectivamente, los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva;

⁶ Con el propósito de considerar las mejores prácticas internacionales, podemos apreciar que en Honduras el Decreto 357-2005, utiliza la regla *per se* para los casos de carteles duros. Esto ha sido considerado como una fortaleza de la norma, según el Examen Inter-pares del Derecho y Política de la Competencia en Honduras, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) (2011a, p. 64). Mencionamos a Honduras por entre otros motivos, ser una economía pequeña y en desarrollo como la del Paraguay.

⁷ Otros ejemplos de abusos no basados en precios son: el boicot, el tying contractual, la compra exclusiva, los rechazos al suministro, entre otros.

- b) Limitar, restringir o controlar de modo injustificado el mercado, la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de competidores o consumidores;
- c) Repartir los mercados, la clientela o las fuentes de aprovisionamiento;
- d) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva;
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación alguna con el objeto de tales contratos;
- f) Licitaciones colusorias;
- g) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas de mercado;
- h) La negativa concertada de adquirir;
- i) La denegación colectiva injustificada colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión de una asociación, que sea decisiva para la competencia (Ley 4956, 2013).

Como hemos mencionado el artículo en cuestión ha tenido como arquetipo el artículo 101 de TFUE. Sin embargo, el mismo es copia parcial del artículo 4 (sobre prácticas prohibidas) de la ley uruguaya, con algunas modificaciones.

En ese sentido, llama la atención la expresión “de manera abusiva” encontrada al final del inciso a), debido a que permite interpretar que si un operador económico fija o impone de forma directa o indirecta los precios de compra y venta esta acción necesariamente habrá ocurrido **de manera abusiva**. En caso de que no se dé esa condición podría no considerarse una práctica prohibida. Además, cabe cuestionarse ¿cómo podrá la autoridad analizar si se da esa condición? ¿cuáles son los parámetros a tomar en consideración? La expresión “de manera abusiva” es desfavorable para la aplicación de la

LDC y se aplica en desmedro del mercado y de los consumidores.

Esta situación ocurre, asimismo, con el inciso d), copiado también de la norma uruguaya. En este se utiliza el término **injustificadamente** para hacer referencia a si un operador puede justificar aplicar a terceros condiciones desiguales para prestaciones y generarles una desventaja competitiva. En caso esta práctica estuviera justificada podría no considerarse ilícita. En ese sentido, nos llama la atención las inclusiones de frases y palabras que pueden dar lugar a interpretaciones equivocadas, dificultando así la tarea de la autoridad al aplicar la norma⁸.

Por otro lado, una conducta que habitualmente se incluye es el boicot; sin embargo, esta no se encuentra en la lista del artículo 8. No obstante, si está incluida al amparo de la cláusula general prohibitiva establecida en el primer párrafo del octavo artículo de la LDC.

Por su parte, una equivocación en la norma para determinar si una conducta constituye o no práctica anticompetitiva, es que “se analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta” (Ley 4956, 2013, artículo 8). Dicha mención no es favorable para la aplicación de la ley ya que en algunos casos el objeto colusorio puede ser potencial, aún no tiene una ganancia, o la prohibición del ingreso a un gremio o asociación no requiere de este elemento. Asimismo, si se tratase sólo de las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta, solo serían sancionables las conductas por su efecto y no por su objeto.

En referencia al punto anterior con relación a las infracciones por objeto veremos un caso de la jurisprudencia de la Autoridad Catalana de la Competencia. En este caso, se sancionó a operadores económicos por haberse coludido para el intercambio de información sobre precios y la coordinación de sus ofertas en una licitación pública.

Dicha resolución fue recurrida primero ante el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia. Esta autoridad consideró la capacidad de la conducta para alterar las condiciones de competencia en el mercado y dictaminó que aquella constituyó una infracción por objeto de la competencia, en la me-

⁸ Cabe destacar que las objeciones mencionadas con relación a la lista de los acuerdos restrictivos de la ley paraguaya, han sido cuestionadas en el “Examen Voluntario entre Homólogos del Derecho de la Competencia y la Política de Competencia: Uruguay” de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo del año 2016.

En ese marco, resaltamos que Uruguay en virtud de la Ley 19833 de 2019, reformó entre otros, el artículo 4 de prácticas prohibidas, eliminado así, las palabras y expresiones: “de manera abusiva e injustificadamente”, las cuales no se encuentran en la normativa comunitaria europea y tampoco dentro de las mejores prácticas internacionales del Derecho de la Competencia. Sin embargo, estas aún permanecen en la ley paraguaya.

didada que ello reducía la autonomía de las empresas y los incentivos para competir:

A posteriori, la Sentencia del Tribunal Supremo establece así, como doctrina jurisprudencial, que “en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante “infracciones por objeto”, no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado (Lozano Cutanda, 2019).

En cuanto al análisis de las ganancias de eficiencia, la norma paraguaya obliga a la CONACOM a realizar dicho análisis conforme el artículo 3 de la LDC –el cual es una copia parcial del artículo 2 de la ley uruguaya, con algunos cambios de fondo. Así, la Ley 4956 dicta, “el órgano de aplicación **tomará en cuenta** si esas prácticas [...] generan ganancias de eficiencias” (2013, artículo 2 inciso 3) [el énfasis es nuestro], mientras que la norma uruguaya utilizó la expresión “**podrá tomar en cuenta**” (Ley 18.159, 2007, artículo 2) [el énfasis es nuestro]. De la lectura de estas normas, es evidente que la segunda opción es facultativa y la norma paraguaya recarga el trabajo de la autoridad al hacerla obligatoria.

De igual forma, el citado artículo 8 de los acuerdos restrictivos de la competencia repite los principios, forzando a la CONACOM a evaluar en todos los casos las ganancias de eficiencia. Esto se evidencia en la frase, “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” (Ley 4956, 2013).

De acuerdo con la legislación paraguaya, la CONACOM tiene que demostrar y probar que la conducta anticompetitiva produjo un beneficio directo al infractor de la LDC. Por ejemplo, en el acto de conducta predatoria, si no se prueba el beneficio del infractor él no estaría infringiendo la ley. Ello va de la mano con la posible infracción de la libre concurrencia por el objeto o por el efecto, ya que en el ejemplo de precios predatorios el agente económico puede afectar a la competencia y no obtener *ipso facto* un beneficio, sino que la ganancia de la conducta será posterior.

Por consiguiente, esto es contrario a las mejores prácticas del Derecho de la Competencia y, asimismo, fue otro motivo de pugna durante la redacción del anteproyecto de la LDC. Por ello, los técnicos de la UNCTAD recomendaron que no sea obligatoria la valoración de las eficiencias en los acuerdos restrictivos y se emplee la expresión “podrá analizar”. Si bien los abogados de los gremios rechazaron la recomendación e impusieron el artículo tipificado, consideramos que se debe reformar dicha obligatoriedad, la cual solo dificulta el empleo eficiente de la norma y el trabajo de la autoridad.

B. Abuso de posición dominante

El artículo 9 de la LDC tipifica el abuso de posición dominante como “la explotación abusiva por una o varias de las personas físicas o jurídicas contenidas en el Artículo 3 de esta Ley, en su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante” (Ley 4956, 2013).

En ese mismo orden de ideas, la doctrina internacional clasifica la posición dominante en abuso explotativo y abuso exclusorio⁹. Al igual que otras legislaciones, el poseer posición de dominio no califica *per se* como una infracción a la norma, ya que es requisito indispensable que exista un abuso de ese poder de mercado.

El artículo 9 es copia parcial del artículo 102 del TFUE, con algunas modificaciones que nuevamente evidencian la inclusión de la palabra “injustificada” en algunos de sus incisos. Recalcando nuevamente que el término solo entorpece la aplicación de la ley, nos preguntamos ¿cómo se puede justificar el abuso de poder de mercado en las conductas tipificadas en el noveno artículo de la LDC?

Así pues, la LDC tipifica de forma no taxativa los siguientes actos unilaterales o en conjunto de abuso de una posición dominante en el mercado relevante:

1. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, o de servicios no equitativos;
2. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores;
3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

⁹ Podría haber sido el caso mencionado en antecedentes de *Casa Grütter*, de haber existido la norma cuando se dio la situación de imposición precios referidos y condiciones comerciales de compra y venta o también el boicot.

4. La aplicación injustificada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,
6. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se hayan pactado (Ley 4956, 2013, artículo 9).

Otra equivocación en la redacción de este artículo fue no determinar en el tercer numeral que la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios también era aplicable para las demandas de venta, por cuanto puede ocurrir en cualquiera de las dos vías.

Por su parte, la inclusión del artículo 10 sobre los precios predatorios es otra cuestión a considerar. En ese contexto, esta conducta solo puede ser penalizada si el operador económico goza de posición dominante en el mercado relevante. En la mayoría de las legislaciones los precios predatorios figuran como una conducta tipificada en el abuso de posición dominante. Por otro lado, el inciso a) del artículo 10 hace referencia al objeto de excluir competidores del mercado, consideramos que esta conducta no es únicamente el objeto sino también que puede ser el efecto el que debe ser analizado y sancionado.

En ese orden de ideas, como técnica legislativa el artículo 10 presenta otro defecto, ya que expone una mezcla de prohibiciones y definiciones. En la próxima reforma de la LDC ciertos incisos deberían formar parte del RLDC o bien incluir un glosario de definiciones en la misma Ley, para separar las conductas de sus definiciones.

C. Licitaciones y ayudas públicas

Las licitaciones colusorias son conductas dañinas para todos los ciudadanos ya que afectan a las compras públicas adquiridas con dinero del erario público. Por ello, se consideran una conspiración que desvía recursos del contribuyente en un proceso de contratación o adquisición pública que de-

bería ser competitiva. De este modo se afecta la competencia del mercado, ya que los precios son más altos a los que existirían en competencia. Por ende, estos acuerdos entre competidores están prohibidos y en algunos países son sancionados bajo la regla *per se*, en especial en agencias nuevas con poco *expertise*, a diferencia de autoridades con mayor experiencia que solo utilizan la regla de la razón.

El artículo 8 de la LDC incluye a las licitaciones colusorias como uno de los pactos prohibidos por ser restrictivos de la competencia. El RLDC profundiza más en ello, estableciendo que para la finalidad de determinar la existencia de una licitación colusoria, la CONACOM considerará, entre otras: (i) La frecuencia de los procesos de licitación o concurso; (ii) las restricciones a la competencia que pudiera existir en las bases y condiciones de las contrataciones; (iii) el comportamiento de los precios ofertados; (iv) los indicios de coordinación en la documentación presentada en las licitaciones o concursos; y, (v) el comportamiento de los postores durante la fase de ejecución de los contratos adjudicados (Decreto 1490, 2014, artículo 6).

Incluso manifiesta que las entidades encargadas de realizar las compras públicas deben tener en cuenta el principio de la libre competencia. Además, cuando dichas entidades identifiquen alguna conducta que pudiera constituir una licitación colusoria deberán comunicársela a la CONACOM. El RLDC estipula que el Poder Ejecutivo establecerá mediante decreto las reglas de coordinación entre la CONACOM y las entidades encargadas de las compras públicas, a fin de facilitar la aplicación de la Ley a las conductas colusorias en los procedimientos de licitación pública (Decreto 1490, 2014, art. 7).

Sin embargo, hasta la fecha no se han desarrollado las normas de coordinación entre la CONACOM y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, institución encargada de las compras del Estado a nivel nacional, cuya gestión está enmarcada en la Ley 2051, Ley de Contrataciones Públicas (2003).

Si bien aún no existe ningún caso resuelto de esta conducta por la CONACOM, el 11 de junio de 2020 la CONACOM publicó en su portal que ha dispuesto la apertura de un expediente de investigación contra las empresas Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A., y Medical Pharma S.A. por posibles infracciones al artículo octavo de la LDC, en el marco de diversos procesos de licitaciones públicas para la adquisición de medicamentos de uso humano y bienes vinculados a los procesos de salud (CONACOM, 2020).

Sobre ello, el 21 de mayo de 2020 la Contraloría manifestó de manera pública que: se vulneró el principio de libre competencia –aludiendo a la disposición sobre igualdad y libre competencia de la Ley de Contrataciones Públicas (Ley 4956, 2013, artículo 4)– y que la adjudicación estuvo totalmente viciada (Diario ABC, 2020). Este sería el primer caso de investigación de prácticas prohibidas en licitaciones públicas en la historia de la CONACOM, por lo que nos encontramos expectantes de su resultado.

Por otra parte, en cuanto a las ayudas públicas, estas son apoyos, subsidios o ventajas de cualquier índole que el Estado otorga a determinados sectores tanto públicos como privados, las cuales pueden causar distorsiones en el mercado. Motivo por el cual algunas jurisdicciones deciden incluir las ayudas públicas dentro de sus leyes de competencia. Debido a que las ayudas estatales tienen en algunas ocasiones un carácter político, algunos gobiernos no desean que otras instituciones intervengan en sus decisiones político-económicas, incluso si estas pueden afectar o alterar la competencia en el mercado. La novel LDC del Paraguay no ha incluido el control de las ayudas públicas y consideramos que en su próxima reforma debe incluirse por las razones mencionadas.

D. Control de concentraciones económicas

La regulación económica del Derecho de la Competencia contempla el control de estructuras, en vista de que al crear y/o reforzar una posición dominante en el mercado podrían afectar a la concurrencia por suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

La LDC contempla un control de estructura *ex post*, ya que se debe notificar *a posteriori* de la concentración dentro de los 10 días hábiles después de la conclusión del acuerdo (Ley 4956, 2013, artículo 14.1), sin que sus efectos se suspendan ante la autorización previa de la CONACOM.

Cabe resaltar, que esta modalidad de notificación *ex post* ha demostrado ser en muchos casos negativa para la libre concurrencia, lo que en cierta forma quiso ser reparado a partir del artículo 14 del RLDC, al establecer la procedencia de la notificación previa¹⁰. Sin embargo, el RLDC no estipula la obliga-

toriedad de tal procedimiento *ex ante*, dejando a criterio de los agentes económicos si realizan o no la notificación previa, siempre que se cumplan los umbrales que expondremos a continuación.

Los requisitos no acumulativos para efectuar una notificación por una concentración económica conforme el artículo 14 de la LDC son dos en específico: (i) el operador económico deberá adquirir o incrementar una cuota igual o superior al 45% del mercado y (ii) la facturación bruta global del conjunto de los sujetos participantes de una concentración deberá superar la cantidad de 100.000 salarios mínimos mensuales en la República del Paraguay (Ley 4956, 2013).

Al respecto, el literal a) a nuestro parecer es un umbral alto y pocas operaciones serán objeto de control en el mercado paraguayo, dejando así fuera del control de concentraciones empresariales a operaciones de importancia que podrían tener un impacto nocivo en el mercado. En lo correspondiente a la legislación comparada, en Ecuador el umbral es del 30%, en Argentina es el 25% y en Uruguay es del 50%. Evidenciamos que con este umbral uruguayo se habría buscado intencionalmente no regular las concentraciones o hacerlo de manera excepcional, caso contrario tal condición no guardaría sentido alguno.

El literal a) debió ser más categórico y determinar el umbral del 45% para el mercado relevante, ya que si se considera en la mayoría de las situaciones solamente al producto o servicio sin considerar sus sustitutos (como lo reconoce la doctrina internacional), muchas concentraciones estarán sujetas a verificación aun cuando no afecten el 45% del mercado relevante.

Sobre el particular mencionamos que el establecimiento de cuotas de mercado como requisito para el control de concentraciones se encuentra en desuso debido a su complejidad, en especial para países que no poseen estadísticas y datos precisos sobre el mercado. La inclusión de esta condición dificulta el trabajo de la autoridad, ya que se verá obligada a destinar recursos humanos técnicos capacitados para identificar la cuota de mercado¹¹.

Al mismo tiempo, los anteriores anteproyectos de ley dispusieron siempre una cuota de mercado

¹⁰ Dicho artículo establece lo siguiente:

Las personas físicas o jurídicas podrán solicitar la autorización previa de la Operación de Concentración. En tal supuesto, serán de aplicación las normas sobre notificación, evaluación y decisión del Directorio sobre las Operaciones de Concentración establecidos por la Ley y por el presente Reglamento (Decreto 1490, 2015, artículo 14).

¹¹ Cabe destacar que el requisito de cuota de mercado ya no es aplicable en el Brasil en virtud de la última reforma a la Ley de Competencia, aprobada en noviembre del 2011 y puesta en vigor el 29 de mayo del 2012.

del 30%, lo cual también fue propuesto por el MIC durante el debate. Asimismo, se puede comprobar que durante el tratamiento del anteproyecto en las cámaras del Congreso de la Nación figuraba un porcentaje de cuota de mercado del 40%. No obstante, en la aprobación final de la ley el criterio modificado fue determinado por una cuota de mercado de 45%, que resulta ser poco útil.

Por otro lado, el segundo requisito para la notificación y registro de las operaciones de concentración se refiere a la facturación bruta global obtenida en el territorio paraguayo. En este sentido, se requerirá que el conjunto del último ejercicio contable supere los 100,000 salarios mínimos mensuales, equivalente —en junio del 2020— a USD 30,800,000 aproximadamente.

Los remedios establecidos por la normativa paraguaya son de comportamiento y de estructura, siendo el RLDC el que regulará las reparaciones si la transacción es aprobada con condiciones. Asimismo, regular el control de las concentraciones tiene una mejor efectividad cuando esta es *ex ante*, en vista de que en algunos casos una vez que la operación se encuentre finalizada, es complejo y costoso revertir dicha transacción y corregir la afectación al mercado.

Por tal motivo, los distintos organismos y autoridades internacionales que nos asistieron en calidad de técnicos durante la elaboración del anteproyecto de ley recomendaron que la notificación sea *ex ante* y obligatoria; sin embargo, el sector privado se rehusó a tal moción y exigió que se incluya la condición *ex post*¹². En este orden de ideas, pese a que la posibilidad de notificación *ex ante* es brindada facultativamente en la normativa paraguaya, a junio de 2020 en la práctica todas las notificaciones han sido realizadas de forma *ex post*.

La evaluación de las operaciones de una concentración económica se desarrolla en dos etapas. La primera etapa es considerada como rápida o *fast track* (plazo de 30 días), durante la cual la CONACOM puede autorizar aquellas operaciones compatibles con el mercado que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Caso contrario, se iniciará la segunda etapa para un mayor análisis (plazo de 60 días). Así, la autoridad de aplicación tiene un plazo de 90 días desde la notificación para resolver la operación de

concentración, ya sea autorizando, subordinando o denegando la misma. Inclusive, si trascurrido ese plazo la Autoridad no resuelve, la operación es autorizada de forma tácita debido al silencio administrativo positivo.

La LDC no establece prórroga para este plazo de 90 días. Empero, el RLDC establece en la segunda fase que si la CONACOM solicitare información adicional, para tal efecto otorgará un plazo de 15 días prorrogables por una única vez y por el mismo plazo (Decreto 1490, 2014, artículo 21). En ese sentido, si la autoridad solicita información adicional, la segunda fase pasa a ser de 90 días y podría extenderse el procedimiento hasta 120 días. Por ende y en virtud de la LDC los plazos corresponden a días hábiles.

En cuanto a las estadísticas, hemos recabado información de la página web de los casos analizados y resueltos:

- Año 2017.- 8 solicitudes de concentración: 1 condicionada, 1 rechazada¹³ y 6 autorizadas.
- Año 2018.- 4 solicitudes de concentración: 1 condicionada y 3 autorizadas.
- Año 2019.- 2 solicitudes de concentración: 2 condicionadas.

Desde el inicio de operaciones de la CONACOM en el año 2015 hasta junio de 2020, se ha notificado a esta autoridad la realización de 14 concentraciones. De ese número, 9 fueron autorizadas sin condiciones, 4 condicionadas y 1 rechazada; lo cual, en promedio en 5 años de gestión brinda un promedio de 2,8 notificaciones de concentraciones evaluadas por año. Ese número es muy bajo en comparación con otros países con economías de similar tamaño. Un ejemplo se puede apreciar en Ecuador, el cual tiene un promedio de 20 operaciones de concentración notificadas por año (desde el 2014 al 2019), según lo señalado en la página web de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado¹⁴.

IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En este apartado analizaremos la estructura de la institución encargada de velar por el buen

¹² Véase también que todos los anteproyectos de la ley tratados en el Congreso habían previsto la notificación *ex ante*. No obstante, todos fueron rechazados y archivados.

¹³ Fue rechazada porque al no cumplir con los umbrales, no debió ser notificada.

¹⁴ Véase la página web de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (<https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-de-operaciones-de-concentracion-economica/>).

funcionamiento del mercado en el Paraguay, los estamentos que deben fiscalizar su desempeño y, finalmente, revisaremos su gestión durante los últimos años. Cabe resaltar que el grado de competencia del mercado depende, entre otros aspectos, del buen funcionamiento de las instituciones y autoridades que fueron elegidas para tal función.

A. Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM)

La LDC creó la CONACOM con jurisdicción a nivel nacional con el objeto de defender y promover la libre competencia. A su turno, la CONACOM puede sancionar las conductas que distorsionan la libre competencia, eliminando así las restricciones que impiden una competencia efectiva en el mercado.

Asimismo, la LDC estipula que la CONACOM goza de autonomía orgánica y funcional, patrimonio propio y plena independencia, siendo una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y capacidad para actuar en los ámbitos del derecho público y privado (Ley 4956, 2013, artículo 15). Igualmente, el RLDC establece que la CONACOM no se encuentra sujeta a mandato imperativo de ningún otro órgano o institución del Estado, siendo que su actuación se sujetará única y estrictamente a las normas legales aplicables. No obstante, la misma LDC dispone que la CONACOM se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del MIC.

A ese respecto nos preguntamos ¿qué potestades tiene el MIC sobre la CONACOM? La relación principal que existe entre estas es que el MIC actúa como nexo entre la Junta de Calificaciones y el Poder Ejecutivo al momento de nombrar a los directores de esta institución (más adelante se detallará este aspecto), así como también a través del MIC se tramita la asignación presupuestaria para la CONACOM, entre otros aspectos.

La LDC dispone una configuración orgánica y administrativa con dos órganos principales y separados, a saber: (i) el Directorio, que es la máxima autoridad de resolución y sanción (órgano resolutor); y (ii) la Dirección de Investigación (órgano sustanciador).

Así pues, se destaca la correcta separación entre el órgano instructor y el órgano resolutor, “[!]a necesidad de que en el ejercicio de la potestad sancionadora se guarde una debida separación entre el órgano instructor y el órgano que resuelve” (Masguer Fuentes, 2015, p. 823).

Respecto del primer órgano, el Directorio está integrado por tres (3) miembros que deberán ser necesariamente abogados, economistas, contadores o administradores de empresas. Estos serán designados por el Poder Ejecutivo, a partir de tres (3) propuestas presentadas por el MIC, previo concurso de méritos a propuesta de la Junta de Calificaciones. La duración del mandato de los Directores será de seis (6) años y podrían ser reelegidos en el cargo por un segundo periodo.

En cuanto a las facultades que detenta el Directorio mencionaremos las más relevantes. Este órgano posee atribuciones de carácter administrativo y funciones inherentes a su carácter de autoridad de aplicación, entre las que podemos resaltar cuatro principales: (i) conocer y resolver procedimientos de su competencia de oficio o a pedido de parte; (ii) ordenar la instrucción de sumario para la realización de conductas; (iii) sancionar a los agentes económicos que infrinjan la LDC; y, (iv) autorizar, condicionar o negar las operaciones de concentración económica sujetas a la LDC.

Las decisiones de la CONACOM son recurribles ante ella a través de la presentación de un recurso de reconsideración o reposición y ante la justicia contencioso-administrativa a través de un recurso ante el Tribunal de Cuentas.

El diseño institucional elegido por la norma paraguaya se encuentra de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, en vista de que es un órgano cuasi independiente y no forma parte de ningún ministerio. Como señala la UNCTAD, “está comúnmente aceptado que los organismos de regulación independientes son básicos para una buena gestión reguladora en las economías liberalizadas y la económica mundial globalizada” (2010, p. 5).

Sin embargo, en la práctica la CONACOM, a pesar de dicha independencia, ha demostrado ser una autoridad ineficiente desde su constitución. Ello se evidencia en el hecho de que después de 5 años de gestión solo han despachado casos de concentraciones económicas, no han resuelto casos de oficio sobre conductas anticompetitivas ni de abuso, no poseen ningún estudio de mercado en su página web y solo poseen un proyecto de guía sobre concentraciones económicas. Es decir, tras 5 años de vida institucional la CONACOM no tiene guías e instructivos vigentes, hasta la fecha de redacción de esta investigación.

En comparación, veamos el caso de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, la cual se encuentra adscripta al Minis-

terio de Economía y Finanzas desde su creación en 2009. Pese a poseer limitaciones de independencia, presupuesto y recursos humanos, ha realizado una gestión activa desde su primer año, iniciando casos de oficio, resolviendo tanto investigaciones de conducta y abuso como concentraciones económicas, e inclusive realizando investigaciones de mercado, guías e instructivos varios.

B. Dirección de Investigación (DI)

La Dirección de Investigación es conducida por un director cuyo método de designación es el mismo que el de los miembros del Directorio, pese a lo cual la duración de su mandato es de cinco (5) años –pudiendo renovarse de forma indefinida–.

En concreto, las funciones de la Dirección de Investigación en virtud de la LDC son: (i) solicitar al Directorio la apertura de un procedimiento de investigación; (ii) realizar investigaciones, acusaciones y demás actos necesarios en el procedimiento para la aplicación de sanciones previstas en la ley; y, (iii) las demás atribuciones otorgadas por la ley y sus reglamentaciones.

Sin embargo, el RLDC desarrolla y amplía las atribuciones del director y entre las facultades investigativas de la CONACOM –como ya hemos indicado– se encuentran las que pueden ser ejercidas por el Directorio, la DI u otros, como las inspecciones sorpresa con o sin previa notificación en los establecimientos comerciales, aplicable solo para el caso de descerraje de algún establecimiento en las que será necesario contar con autorización judicial.

Asimismo, en el organigrama establecido llama la atención la estructura organizacional de la CONACOM, ya que el área de Coordinación General tiene a su cargo las áreas de Asesoría Jurídica, Económica y Estudios, al igual que el área de Comunicación, Abogacía y Capacitación. Se puede evidenciar, en primer lugar una mezcla en la agrupación. En segundo lugar, debemos resaltar que algunas de esas áreas deberían estar bajo la coordinación y supervisión de la Dirección de Investigación, como lo tienen otros países de la región y por el vínculo de las labores que realizan.

C. El presupuesto de la CONACOM

El Ministerio de Hacienda, en virtud de las distintas leyes de presupuesto, ha otorgado a la

CONACOM, los siguientes valores aproximados para el ejercicio de sus funciones en diversos años¹⁵: (i) USD 712,000 en el año 2015 (Ley 5386); (ii) USD 858,000 en el año 2016 (Ley 5554); (iii) USD 856,276 en el año 2017 (Ley 6258/2019, 2019); y, (iv) USD 750,000 en el año 2020 (Ley 6469/2020, 2020).

Presentamos a nivel comparado con otras autoridades de libre concurrencia el presupuesto correspondiente al año 2015: la autoridad uruguaya tuvo un presupuesto de USD 445,910; la autoridad nicaraguense tuvo un presupuesto de USD 471.353; la autoridad costarricense tuvo un presupuesto de USD 699,709; y, finalmente, la autoridad panameña tuvo un presupuesto de USD 833,894 (UNCTAD, 2016, p. 23). Los mencionados presupuestos son exiguos para una autoridad de competencia, pese a lo cual esas agencias han tenido una activa gestión como podrá apreciarse en el cuadro que presentamos *infra*. Igualmente, para que se le pueda aumentar los fondos a la CONACOM, sería menester el acertado uso de los mismos. Consideramos, por ejemplo, que este debe ser utilizado en la realización de estudios sectoriales indispensables y básicos en el Derecho de la Competencia.

D. Los recursos humanos de la CONACOM

Al analizar la gestión y el desempeño de cualquier ente público, es esencial evaluar su capacidad en lo que a recursos humanos se refiere. La CONACOM es una agencia joven y en desarrollo, pues si bien la LDC fue promulgada en el 2013, no fue hasta el 2015 que los directores fueron designados. Uno de los motivos del retraso de la designación fue que primero había que designar a los miembros de la Junta de Calificaciones, figura que analizaremos en el siguiente punto.

Durante el debate de la redacción del anteproyecto, se solicitó que se incluya en la LDC un plazo para la conformación de la Junta de Calificaciones, a efectos de que ese proceso no dilate la conformación de la CONACOM. Dicha solicitud no fue aceptada por el sector privado. Por lo tanto, se presentaron serias demoras en el establecimiento de la Junta de Calificaciones y, como consecuencia, en la constitución del plantel de la CONACOM.

En la sección de autoridades de la página web de la CONACOM figuran solo los nombres de los comisionados y del director, así como también en

¹⁵ En 2015 3 947'411,100 guaraníes; en 2016 4 754'734,058 guaraníes; en 2019 5 433'073,364 guaraníes y en 2020 4 759'247,915 guaraníes. Los otros años han recibido valores similares.

el organigrama. No obstante, aun cuando la Ley 5282/2014, Ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental, exige que las instituciones deben proveer información actualizada de todas las personas que cumplan una función pública o sean funcionarios públicos, con las tareas que realizan, los salarios que perciben, entre otros (2014, artículo 8), se puede evidenciar que dicha información no está actualizada y no es posible conocer en qué dependencia los empleados de la CONACOM cumplen funciones.

En ese sentido, en un documento público¹⁶ la CONACOM figura con un total de 18 funcionarios; sin embargo, durante la audiencia de informe de gestión ante el Congreso, el Presidente de la CONACOM confirmó que hacia agosto de 2020 esta institución contaba con 25 funcionarios en total. Asimismo, llama la atención que la Dirección de Investigación cuenta con 6 personas, mientras que en el área de administración y finanzas cuenta con 4 personas (en su mayoría directores y jefes). Consideramos que se debe priorizar el área de investigaciones, pues es médula de la institución, la cual debe realizar los estudios sectoriales, investigaciones de oficio, entre otros¹⁷.

Por otro lado, vemos que el desempeño de una autoridad de competencia no depende de forma directa del número de funcionarios con los que cuenta, sino más bien de la diligencia de sus directivos. La prueba de ello son los ejemplos de otros países de la región. Se evidencia que en el año 2015 Uruguay contaba con tan solo 10 funcionarios, Costa Rica con 23 funcionarios y Nicaragua con 15 funcionarios (UNCTAD, 2016, p. 23). Otro modelo de una agencia es Ecuador, el cual cuando inició su agencia de competencia en 2009 contaba en la Dirección de Competencia con solo 14 funcionarios y conoció 12 casos (UNCTAD, 2016).

E. Casos Resueltos por la CONACOM y su gestión

Este apartado se examina el desempeño general de la CONACOM, los casos analizados, investiga-

ciones de oficio, entre otros puntos importantes, a efectos de evaluar la implementación de LDC en Paraguay desde el 2013 hasta agosto de 2020. En ese orden de ideas, la primera resolución emitida por la CONACOM fue el Código de Ética de 2015, año en que también se posicionaron los miembros del Directorio. Recién en el siguiente año empezaron su gestión como Autoridad de Aplicación de la LDC. Empero, en 5 años de gestión sólo han resuelto casos de concentraciones, no han concluido ninguna investigación de oficio¹⁸ y tampoco han realizado estudios sectoriales, ni poseen guías ni instructivos. Por lo tanto, ha sido una actuación pasiva cuando una labor como tal debe ser activa.

Lo más notorio es que solo hay un caso de oficio abierto en junio de 2020 con motivo de la emergencia sanitaria. Posteriormente, en julio, la CONACOM abrió una investigación de abuso por denuncia. Sin embargo, cabe cuestionarnos ¿por qué no hay más denuncias?¹⁹ De igual modo, nos preguntamos ¿por qué la Autoridad no ha abierto en 5 años investigaciones de oficio? Sólo en medios de prensa respetables se han presentado cuestionamientos o indicios sobre conductas anti-competitivas, empero hasta la fecha hay dos investigaciones abiertas y en curso.

Por ejemplo, veremos en el estudio de casos que la Asociación Rural del Paraguay, ha denunciado –en julio de 2019– ante la CONACOM la presunta concentración, posición dominante y posibles prácticas abusivas de la mayor industria frigorífica instalada en Paraguay. Sobre el particular, la CONACOM apenas abrió consultas, pero no existe hasta hoy ninguna resolución de la investigación y/o un caso de oficio.

Por otro lado, en la legislación comparada se aprecia el desempeño de otras autoridades de competencia de la región. Para ello presentamos un cuadro comparativo a continuación²⁰ con la información del año 2015 para los otros países y para el Paraguay el año 2019, ya que en 2015 recién se posicionaron los Directores de la Comisión.

¹⁶ Véase la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (<https://www.conacom.gov.py/transparencia>).

¹⁷ Según el organigrama cuentan con una Directora de la Dirección de Administración, Personal y Finanzas, una Jefa del Departamento de Contabilidad (más un funcionario), y una jefa del Departamento de Presupuesto. Se puede considerar un exceso en el personal administrativo para tan bajo presupuesto y una agencia pequeña.

¹⁸ Uruguay en su primer año de gestión (2009) realizó una investigación de oficio.

¹⁹ Cabe resaltar que los requisitos para presentar una denuncia según el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, RLDC) son excesivos, se debe rectificar a efectos de hacer posible que cualquier persona pueda tener legitimación activa al momento de presentar una denuncia. Así como lo tiene Uruguay y la mayoría de los países.

²⁰ Para mayor información ver el "Examen Voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Uruguay" (UNCTAD, 2016, p. 23).

País	Presupuesto Aproximado (US dólares)	No. de Funcionarios dedicados a Competencia	% Presupuesto asignado a salarios	Casos	Año
Costa Rica	699.706	23	96%	- 12 investigaciones por conductas anticompetitivas - 23 investigaciones por concentraciones - 5 investigaciones por omisión de notificar - 22 casos de abogacía	2015
Nicaragua	471.353	15	82%	- 6 investigaciones por prácticas - 3 casos por concentraciones - 6 casos de abogacía (consultas y opiniones)	2015
Panamá	833.894	44	64%	- 10 investigaciones por conductas - 7 casos por concentraciones - 6 casos de abogacía	2015
Paraguay	856.276 (año 2019)	18 (año 2019)	53% (año 2019)	- 0 estudios de mercado - 1 casos por concentración - 2 consultas formales - 0 investigaciones por práctica	2019
Uruguay	445.910	10	78%	- 10 investigaciones por prácticas anticompetitivas - 4 estudios de mercado - 4 casos por concentraciones - 6 consultas formales	2015

Fuente: UNCTAD (2016, p. 23).

F. La Junta de Calificaciones de la Ley 4956

En la LDC encontramos una figura inusitada denominada Junta de Calificaciones, la cual surgió con motivo del debate entre el sector público y el sector privado. Este último manifestó su rechazo ante cualquier tipo de regulación y control del mercado, siendo esta figura impuesta por el mismo a través de la Feprinco.

Asimismo, la LDC establece que funcionará *ad honorem* y estará compuesta por ocho (8) miembros, conformados por cuatro (4) representantes del sector privado provenientes de la producción, industria, comercio y servicios, los cuales serán designados por la Feprinco. Asimismo, cuatro (4) representantes serán del sector público: dos (2) miembros designados por el Poder Ejecutivo, uno designado por la Presidencia de la República y el segundo por el MIC (Dirección de Defensa del Consumidor); y, finalmente, los otros dos (2) miembros serán designados por el Congreso de la Nación, uno por la Cámara de Senadores y el otro por la Cámara de Diputados.

En ese sentido, los expertos internacionales que asistieron al MIC junto con los técnicos del ente manifestaron su disconformidad con la complejidad de incluir a tantos miembros de diferentes sectores, por lo que sugirieron que la Junta esté conformada por tres (3) miembros: uno del sector público, uno del sector privado y, finalmente, uno del académico. Sin embargo, dicha contrapropuesta de incluir al sector académico fue rechazada por la Feprinco, ya que solo contarían con un voto y no tendrían predominancia en la JC.

Sobre el particular, la ONG BASE Investigaciones Sociales haciendo referencia a ella manifestó que

aun poniéndose de acuerdo todos los representantes del sector público, no podrían incluir a un solo candidato/a en las ternas sin el acuerdo de los representantes de la FEPRINCO, haciendo la salvedad que para la conformación de las ternas los candidatos deberán contar con los votos de la mayoría simple de la Junta. Se entiende por mayoría simple 5 (cinco) de 8 (ocho) votos (2011).

Por tanto, la Junta de Calificaciones debería eliminarse, ya que solo representa un obstáculo para la conformación del ente. Incluso, a la fecha, uno de los miembros del Directorio se encuentra con mandato fenecido y uno de los motivos de ello es que la Junta de Calificaciones no ha logrado establecerse para el proceso.

G. Órgano fiscalizador de la CONACOM

¿Qui custodies custodiat? El artículo 28 de la LDC –en cuanto al control de la gestión– menciona que la CONACOM hará pública su memoria anual de actuación, enviando copia al Ministerio de Industria y Comercio, al Ministerio de Hacienda, al Congreso Nacional y a los Gremios de la Producción, Industria, Comercio y Servicios. Además, dicha autoridad realizará una exposición de su memoria en una audiencia pública especialmente convocada para dicho efecto. En ese sentido, el presidente de la CONACOM deberá comparecer al menos una vez al año, ante las Comisiones de Economía y Hacienda de las Cámaras de Senadores y Diputados

para exponer sobre sus actuaciones, sus planes y prioridades para el futuro.

En ese marco, como institución pública que se financia con el presupuesto general del Estado, la CONACOM debe rendir cuentas ante la Contraloría General de la República. Por lo tanto, en la página web de la Contraloría se pueden ver planillas de viáticos presentadas por esta institución²¹.

En el año 2018 comparecieron los directivos de la CONACOM ante la Cámara de Senadores para exponer su memoria de gestión²², sin mayores novedades. Igualmente, se puede encontrar dicha memoria en la página web de la CONACOM. Sin embargo, debemos mencionar que esta es escueta e insuficiente en cuanto a la labor del ente. Luego, el pasado 4 de agosto de 2020 los directores de la CONACOM fueron convocados por el Senado y rindieron cuentas de su gestión. En esa ocasión el senador Zavala les manifestó que están expuestos al mal desempeño de sus funciones. Al respecto podemos presumir que dicho mensaje fue por la pobre gestión de la institución.

Cabe destacar, entre otros aspectos, una inusual situación establecida en la LDC: la CONACOM debe remitir copia de su memoria anual al sector privado, a los gremios de la producción, industria, comercio y servicios. Ello es sorprendente considerando que dicho documento es de carácter público y justamente las asociaciones comerciales que aglomeran a los operadores económicos son sujetos directos de aplicación de las reglas antimonopólicas²³.

Otro aspecto que llama la atención de la ley promulgada es la finalización del mandato de los miembros de la CONACOM, ya que estos pueden ser cesados de su cargo por destitución a través de un decreto del Poder Ejecutivo por mal desempeño en sus funciones. Ello limita la separación de poderes y consideramos que una decisión de este calibre debería realizarse solo mediante juicio político ante el Congreso de la Nación y por causa demostrada.

V. APLICACIÓN DE LA LEY 4956 DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las normas de libre competencia se caracterizan por tener fuertes multas pecuniarias de acuerdo con la gravedad de la conducta, más la imposición de obligaciones de dar, hacer o de no hacer. Como veremos en este apartado, la LDC carece de la fuerza mínima necesaria disuasoria en comparación con otras normas presentes en otros países como Chile, Ecuador, entre otros. Si bien la LDC sí incorpora el compromiso de cese, el programa para su aplicación aún no se ha terminado de reglamentar. De ahí que en este apartado analizaremos el régimen sancionatorio y el programa de clemencia.

A. Régimen sancionador

De acuerdo con la potestad sancionadora de la CONACOM, el artículo 63 de la LDC en el inciso c) establece que la aplicación de las multas será de (i) hasta el 150% de las ganancias obtenidas con la práctica infractora, o (ii) hasta el 20% de la facturación bruta obtenida por la práctica infractora en el mercado relevante afectado en los últimos 12 meses contados desde el inicio del sumario administrativo, excluidos los impuestos. Las multas no podrán ser inferiores a la ventaja obtenida cuando aquella sea cuantificable.

En relación con lo anterior podemos observar que determinar el lucro obtenido en ciertas conductas es complejo. Esto queda en evidencia desde el reconocimiento del legislador, quien añade la expresión “cuando sea cuantificable” al final de artículo (Ley 4956, 2013, artículo 63). Más aún: la alternativa de aplicar la multa sobre la facturación bruta de los productos objeto de la práctica, según la doctrina del Derecho de Competencia, no constituye en algunos casos sanción suficiente, ya que a través del apalancamiento los operadores económicos pueden realizar la infracción con un producto de menor importancia.

²¹ Véase la página de la Contraloría General de la República (<https://www.contraloria.gov.py/index.php/actividades-de-control/rendicion-de-cuentas-de-viaticos/category/4472-comision-nacional-de-la-competencia-conacom>).

²² Véase en el portal web de la Cámara de Senadores (<https://www.senado.gov.py/index.php/noticias/noticias-comisiones/3690-conacom-presenta-informe-de-la-gestion-2018-2019-07-30-18-40-48>).

²³ Al respecto, la OCDE señala lo siguiente:

La participación en las actividades de las asociaciones comerciales y profesionales ofrece una amplia gama de oportunidades para que las empresas en la misma línea de negocios se reúnan con regularidad y discutan temas empresariales de interés común. Estas reuniones y discusiones, incluso si tienen como finalidad fomentar el cumplimiento de los objetivos legítimos de la asociación, reúnen a competidores directos y les ofrece oportunidades periódicas para intercambiar puntos de vista sobre el mercado, lo que podría con facilidad convertirse en coordinación ilegal. La discusión casual de precios, cantidades y estrategias comerciales futuras puede llevar a alcanzar acuerdos o entendimientos informales que claramente violan las reglas antimonopolios. Por esta razón, las asociaciones comerciales y sus actividades se sujetan a un escrutinio cercano por parte de las autoridades encargadas de la competencia en todo el mundo (2011b, p. 3).

Además, enfatizamos que es el agente económico quien cometió la falta y no su producto. Por ende, el porcentaje debió ser calculado sobre la facturación bruta global de la empresa, como lo establecen la mayoría de las legislaciones (Decisión 608, 2005, artículo 34; Decreto Ejecutivo 1152, artículo 79). Se señala que fueron los abogados de la FEPRINCO quienes exigieron que la multa sea sobre el producto y no sobre la facturación bruta de la empresa.

En el caso de Paraguay, las multas y sanciones establecidas en la LDC carecen del carácter disuasorio necesario para que los operadores económicos no inicien prácticas anticompetitivas o vuelvan a incurrir en las mismas. En efecto, en la metodología de cálculo de las multas se ha omitido también el principio de proporcionalidad que se debe analizar ante cualquier infracción de la norma; por lo tanto, la aplicación de la ley sufre en su efectividad.

Cabe resaltar que se omitieron otros tipos de sanciones además de las multas pecuniarias como son:

- (i) el incumplimiento del cese de la conducta;
- (ii) las obligaciones de dar, hacer o no hacer;
- (iii) la publicación de la sanción en medios masivos;
- (iv) en casos de cárteles, las multas individuales a los participantes del cartel a título personal, es decir a los administradores (por ejemplo Brasil, Chile, Colombia, Comunidad Andina, Ecuador, entre otros)²⁴; y,
- (v) la categorización de multas leves, graves o muy graves.

La exclusión de los puntos citados es una falta grave que también contradice las buenas prácticas internacionales, *exempli gratia* de la norma uruguaya solo se incorporaron en la LDC algunos aspectos de esta, no así otros que son decisivos para contar con una normativa útil, eficaz y moderna acorde a las mejores normas del Derecho de la Competencia. Consideramos que se debió aprovechar todo aquello; sin embargo, quedó una ley *sui generis* inconclusa e insuficiente.

Ad avizandum en el segundo párrafo del artículo 77 del RLDC, del deber de colaboración de los particulares, establece como sanción la presentación de información falsa o el incumplimiento del requerimiento (Decreto 1490, 2014). Creemos que hubo un error, ya que las multas sólo pueden estar tipificadas en la Ley no en el RLDC, violándose así el principio de legalidad. Además, en los artículos 79 y 90 inciso c) del RLDC existe una contradicción, puesto que el primero establece multas por incumplimiento al requerimiento de información que no figuran en la LDC, mientras el segundo menciona el principio de tipicidad e indica que solo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas en la LDC. Por ende, las multas que figuran en el RLDC serían nulas.

Igualmente, el artículo 95 sobre las medidas correctivas debió tipificarse en la LDC. Esta cuestión puede ser discutible, ya que algunos podrán opinar que son consecuencia lógica para el desarrollo de la LDC, mientras que otros señalamos que en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad las referidas medidas correctivas podrían ser ilegales.

Por otro lado, otro aspecto a cuestionar es el destino de las multas impuestas por la CONACOM, ya que la Ley establece que el importe de las mismas se remitirá en un 50% al Tesoro Nacional y el otro 50% ingresará a la tesorería de la CONACOM. Con relación a este punto, la tendencia en la mayoría de las legislaciones es que las multas sean destinadas íntegramente al Tesoro Nacional y no a la Autoridad que las impone.

No obstante, la ley promulgada faculta a la CONACOM también a recaudar a través de las multas impuestas el 50%. Ello podría ser un incentivo perverso para la autoridad a efectos de imponer multas en aras de recaudar fondos para sus propios ingresos. Este punto fue propuesto por los abogados del sector privado, los cuales en un inicio destinaron el 100% de las multas para la CONACOM. Aquello generó también una discusión por la oposición de los técnicos del MIC y de los expertos internacionales que no recomendaban que la autoridad de aplicación de la ley se apropie de las multas²⁵.

²⁴ Véase el artículo 91 del RLDC (Decreto 1490, 2014). La multa a personas físicas no está determinada en la LDC (Ley 4956, 2013).

²⁵ Este tema no es nada nuevo y ya se ha debatido en la doctrina internacional. Sobre el asunto en las conclusiones del "Examen inter-pares del derecho y política de competencia en Colombia", publicado por la OECD en el año 2009, se expresó la problemática de las multas impuestas por la agencia vayan a la misma y formen parte de su presupuesto, ya que esto podría constituir un claro incentivo para el incremento de las multas por parte de la agencia. Asimismo, se recomendó que las multas sean destinadas al fondo general del Gobierno, es decir al Tesoro Nacional y que la agencia sea financiada por el presupuesto general del Estado.

B. Programa de clemencia

El programa de clemencia o programa de delación compensada constituye un premio al operador económico que delata su participación en un cártel al que pertenece castigando a los demás, ya que el **soplón** se exime del pago total de la multa y no es sancionado (Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, 2020)²⁶. Esta figura logra desestabilizar los cárteles (Gutierrez Perdomo & Sperber Vilhelm, 2012) y juega un rol fundamental en el Derecho de la Competencia porque a través de la confesión de uno de sus miembros se fomenta la detección de un cártel y, de ese modo, se aumenta la disuasión de su existencia.

Por este motivo su inclusión en las normas de competencia constituye una de las mejores prácticas internacionales, en virtud de que la cooperación de uno o varios infractores miembros de los cárteles facilita el trabajo de la autoridad de competencia, en especial en las agencias jóvenes sin *expertise* y recursos humanos suficientes.

La legislación paraguaya no incluyó el programa de clemencia. A pesar de haber recibido asistencia técnica por parte de la UNCTAD y su recomendación de incorporar dicho programa a la legislación, ello no fue factible debido —una vez más— a la injerencia de los abogados de los gremios que redactaron la norma, quienes se opusieron a incorporarla a la LDC.

Sin embargo, sí se incluyó en la legislación la figura del compromiso de cese. Si bien este no es lo mismo que el programa de clemencia, algunos países lo utilizan como equivalente al adaptar y dotar de mayor precisión al programa, como es el caso de Uruguay. Por lo que, el artículo 53 de la LDC paraguaya prevé los parámetros para la aplicación de esta importante herramienta, en el cual se estipula:

En cualquier etapa del procedimiento, el Directorio, previo dictamen de la Dirección de Investigación, podrá aprobar el compromiso de cese de la práctica sometida a investigación, el que no importará confesión, en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada (Ley 4956, 2013).

Llama la atención de la frase tipificada *ut supra* “sobre el que no importará confesión”, puesto que no hay aclaración en la LDC ni en su RLDC sobre lo que significa dicha locución, ya que uno de los

requisitos principales es la confesión voluntaria del hecho por parte del operador económico que reconoce su participación en la conducta prohibida. Nuevamente observamos que este artículo es una copia parcial de la normativa uruguaya (Decreto 404/007, artículo 28). Sin embargo, aunque la norma uruguaya sí condiciona que el compromiso deberá implicar aceptación de la ilicitud de la conducta, dicho párrafo no fue incluido en el artículo paraguayo.

A posteriori figuran los requisitos que deberá contener el compromiso del cese. En este sentido, el artículo 89 del RLDC, el cual aborda el compromiso de cese, añade un poco más de detalle sobre el programa. Este programa es exánime, en vista de que carece de elementos esenciales. Si bien la LDC estipula que el compromiso deberá contener el valor de la multa diaria, no especifica cómo se calculará y tampoco el RLDC lo determina. Por su parte, no se establece por cuantos días se suspenderá el procedimiento mientras se analiza la aprobación del compromiso.

El RLDC debería desarrollar el compromiso de cese pero no lo hace, por lo tanto consideramos que es rudimentario e incompleto. Por ello, se recomienda la realización de una guía de aplicación para la implementación del mismo o reforma del RLDC por la CONACOM y también la inclusión en la normativa de un Programa de Clemencia. De todas formas, el compromiso de cese no ha sido utilizado aún, ya que la CONACOM no ha concluido investigaciones de conductas anticompetitivas y tampoco ha fomentado los beneficios de dicho programa.

C. Abogacía de la competencia

La abogacía de la competencia es la forma mediante la cual las autoridades de competencia fomentan la adecuada aplicación de la norma. Esto último se logra a través de distintas actividades que buscan promover y fortalecer en la sociedad las ventajas de la libre competencia. Por sobre todas las cosas, estas actividades permiten conocer dónde acudir cuando ocurren situaciones que perjudiquen su bienestar y que sean causados por conductas empresariales ilegales.

Dichas actividades de difusión son fundamentales para los consumidores, operadores económicos, otras instituciones del Estado y, por sobre todo, para la misma autoridad de competencia. Ello porque una de las actividades que se enmar-

²⁶ Véase el caso Navieras, donde la Compañía Sudamericana de Vapores se acogió a la delación, mientras se redujo la multa aplicable a Nippon Yusen Kaisha (Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, 2020).

ca dentro de esta sección es la elaboración de estudios de mercado que otorgan información relevante sobre la estructura de estos, que a su vez alertan a la autoridad de posibles prácticas anticompetitivas.

Asimismo, otra de las funciones que cumple la abogacía de la competencia es la de asesorar al gobierno y otras instituciones públicas y entes reguladores a través de recomendaciones sobre cualquier evento que pueda influir en el mercado.

En ese sentido, si bien la LDC no incluyó mandato para tal función, el RLDC reparó dicha omisión estableciendo un Área de Comunicación, Abogacía y Capacitación encargada de diseñar las estrategias de promoción y difusión de los mecanismos de defensa de la competencia, la cual depende de la coordinación general de la CONACOM.

A pesar de contar con un área prevista en el organigrama para tal efecto, en la página web de la CONACOM la abogacía de la competencia no figura entre sus ámbitos de actuación. Solo puede encontrarse información general de algunas disposiciones comunicativas, consultas recibidas, convenios suscritos, etc. Cabe resaltar, que tampoco se encuentra publicado ningún estudio de mercado ni guías en el portal, hasta la fecha.

A modo comparativo, Uruguay en su primer año de gestión realizó cuatro estudios de mercado y en el siguiente año realizaron otros cuatro (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2009; Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2011). Para el año 2011 también se realizaron varios estudios, uno de ellos sobre equipos para diálisis, el cual concluyó que un operador económico con poder de mercado incurrió en una práctica ilegal, lo que terminó en un compromiso de cese y multa (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2011). Igualmente, en Ecuador, según la página de su autoridad de competencia, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se realizó un estudio de mercado en el sector farmacéutico y otro en el aeronáutico en el primer año de creación de su autoridad de competencia. Posteriormente, en 2013 Ecuador efectuó trece estudios de mercado en diferentes sectores, luego doce en el 2014 y así sucesivamente.

Por otro lado, los artículos de prensa de medios masivos sobre la institución y los asuntos de esta son reducidos. Por todo ello, se deduce que en Paraguay no existe cultura de la competencia, más aún por el hecho de no tener una institución activa con casos relevantes.

VI. ESTUDIO DE CASO

En esta sección analizaremos un caso en el sector pecuario paraguayo que a la fecha presenta dificultades en este mercado relevante, siendo una de las causas la operación de concentración económica del año 2018 que tendremos a bien evaluar en la primera parte. Por su parte, en la segunda examinaremos una nueva transacción que agrava la situación del sector productivo ganadero.

A. FRIGOMERC S.A. y JBS PARAGUAY S.A. e IPFSA S.A. (Adquisición)

El 7 de agosto de 2017 se notificó la operación de concentración consistente en la adquisición de las empresas JBS PARAGUAY S.A. e INDUSTRIA PARAGUAYA FRIGORIFICA S.A. por parte de FRIGOMERC S.A. El 25 de septiembre de 2017 el Directorio resolvió y dispuso la apertura de la segunda etapa de evaluación. Posteriormente a las diligencias llevadas a cabo por la Dirección de Investigación en la segunda fase, el 8 de febrero de 2018, la Dirección de Investigación recomendó al Directorio autorizar la presente operación de concentración sin condiciones.

De ese modo, el 9 de febrero de 2018, a través de la Resolución 06/2018, el Directorio de la CONACOM, luego de haber analizado el informe de la DI, dictaminó que “es posible concluir que la concentración no generará efectos unilaterales que supongan una restricción sustancial de la competencia y por ende resulta innecesario el análisis de los demás elementos para la determinación de efectos coordinados” (Resolución 06/2018, 2018). Además, concluyó que la solicitud de autorización de la operación de concentración no suponía (de manera evidente) un obstáculo significativo para una competencia efectiva en los mercados de referencia, por lo que decidieron unánimemente aprobar la solicitud sin medidas (Resolución 06/2018, 2018).

Pues bien, procederemos a realizar el análisis con la información pública. En la resolución de aprobación el Directorio de la CONACOM, de forma adecuada, utilizó el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante, HHI) para determinar el grado de concentración del mercado. Sin embargo, el análisis económico está incompleto, ya que por lo menos se debió incluir el índice de dominancia obtenido con la misma información del HHI. Además, se debió utilizar el HHI normalizado –como el índice Stenbacka, el índice de Kwoka, el estudio del poder de compra, entre otros (Stenbacka *et al.*, 2008; Kwoka, 1997)– para determinar y verificar el poder de mercado de los agentes económicos.

La observación del caso denota que la CONACOM no realizó un estudio económico detallado que permita sustentar sus conclusiones debido a que solo se centraron en presentar un estudio del mercado relevante horizontal de la industria de la carne *in natura* y no realizaron un análisis vertical del impacto de dicha operación en todos los eslabones de la cadena. En ese contexto, debieron señalar las cuotas de mercado, aspecto que en otro caso sí presentaron (Resolución D/AL 29/2019, 2019).

Aun cuando no consta en la Resolución 06/2018 la cuota de mercado de FRIGOMERC, el Presidente de la CONACOM afirmó que su cuota era del 38%²⁷ (empero hay cálculos de que esta es mayor). Por regla general cualquier operador que tiene o adquiere 30% o más del mercado relevante es materia de preocupación y supervisión. Por lo tanto, la Autoridad debe efectuar un examen exhaustivo de los efectos futuros de una concentración. Así como también, de la cuota de mercado. A simple vista, se puede evidenciar que el HHI estuvo mal calculado (con base al 38% es HHI 1.444) y el otro índice que debió analizarse para el análisis y la resolución es el índice de dominancia que con base al 38% es de 4.404 puntos, lo cual prueba la dominancia del operador económico.

La resolución de autorización de la concentración únicamente presentó el mercado relevante a partir del producto de carne *in natura*, sin analizar el faenamiento local y el faenamiento de exportación. Como consecuencia de ello, las cuotas de mercado están equivocadas y el HHI señalado en la Resolución 06/2018 es menor a la realidad del mercado. Una vez más, las conclusiones económicas de la CONACOM son erróneas.

Por otro lado, el 4 de septiembre de 2017 el abogado patrocinante de la operación solicitó el tratamiento de confidencialidad a varios de los documentos presentados y el Directorio resolvió conceder dicha petición y disponer el resguardo de dicha información en un expediente separado y confidencial (Resolución 15/2017, 2017). Por lo tanto, en el expediente de la aprobación de la solicitud no es posible visualizar y analizar los datos de participación en el mercado de las partes involucradas, lo cual dificulta una correcta valoración del estudio del caso.

Ahora bien, a pesar de que la CONACOM aprobó el 9 de febrero de 2018 la operación de concentración sin condiciones, al haber considerado

que la misma no crearía o reforzaría una posición dominante, el 27 de julio de 2019 la Asociación Rural del Paraguay envió una nota al titular de la CONACOM en la cual solicita un estudio e investigación “del nivel de concentración en el mercado de frigoríficos” (Última Hora, 2019). Ello en vista de que a partir de distintos procesos de fusiones y adquisiciones se habían empezado a notar variaciones significativas en el precio del ganado vacuno que está afectando seriamente la rentabilidad y sostenibilidad del sector²⁸.

A raíz de este efecto anticompetitivo, el 17 de abril de 2020, los senadores Fidel Zavala Serrati y Fernando Silva Facetti remitieron a la CONACOM un pedido de informe, el cual tenía por objeto fortalecer el análisis de la participación de los actores del sector ganadero y toda su cadena de valor en la economía nacional y su competitividad en el mercado nacional e internacional.

A su vez, la CONACOM contestó dicha solicitud el 8 de mayo de 2020; sin embargo, la respuesta fue parcial, ya que indicaron que se encontraban todavía analizando la información solicitada a distintos entes del sector público y privado. Se destaca que ese estudio del mercado de la carne fue iniciado por la CONACOM en noviembre del 2019 y hasta agosto del 2020 no alcanzó conclusión alguna. En resumidas cuentas, nueve meses después siguen analizando información.

La consecuencia luego de un año y medio de la adquisición de dos frigoríficos por FRIGOMERC S.A. (del Grupo Athena Foods), fue que se generó un efecto negativo en el mercado relevante, por cuanto –al parecer– este grupo económico estaría imponiendo condiciones abusivas de compra a los proveedores paraguayos. Según indican, los productores reciben por el kilo de novillo USD 2 en promedio, en cambio, el precio por kilo en el mercado internacional entre enero y mayo fue de aproximadamente USD 4,2.

Cabe destacar que pese a la denuncia de la Asociación Rural de Paraguay de julio del 2019, la autoridad de competencia no ha iniciado ninguna investigación sobre posible abuso de posición dominante. En ese contexto, a raíz de las presiones de diferentes sectores, el 19 de junio de 2020 la CONACOM inició actuaciones de averiguaciones por posible infracción a la LDC. A través de una nota en su portal web, se aclaró que las citadas actuaciones no implican el inicio formal de un proce-

²⁷ En la audiencia pública llevada a cabo en el Congreso de la Nación Paraguaya de 04 de agosto de 2020, con motivo de la entrega del Informe de Gestión de la CONACOM.

²⁸ Véase Última Hora (2019).

dimiento de investigación –esto es, que no existen expedientes ni se disponen plazos para analizar y resolver (CONACOM, 2020).

B. FRIGOMERC S.A. y FRIGONORTE S.A. (Contrato de arrendamiento)

Como continuación del conflicto establecido entre los frigoríficos y los productores por el precio pagado –el cual es el resultado de la aprobación de la concentración sin medidas del 2018, vista en la primera parte– se suma otra nueva pugna. En junio de 2020 la misma empresa en cuestión, FRIGOMERC S.A., arrendó otro frigorífico, FRIGONORTE S.A.

La empresa contratante, la cual –como se mencionó– forma parte de la multinacional brasileña Athena Foods, había concretado dicho alquiler por un año con renovación automática sin límite. Empero, FRIGOMERC S.A. no había notificado a la CONACOM de este acuerdo. Por ello, el 24 de junio de 2020 la CONACOM solicitó a FRIGOMERC S.A. la notificación de la mencionada transacción comercial.

Ante ello, el 26 de junio de 2020, FRIGOMERC S.A. presentó ante la CONACOM la notificación de la operación en virtud del Contrato de Prestación de Servicios con FRIGONORTE S.A. celebrado el 16 de junio de 2020. Según el régimen de concentraciones paraguayo, el cual es *ex post*, se debe notificar dentro de un plazo de 10 días tras de su celebración contados, a partir del día siguiente de la fecha de celebración del contrato.

Por lo anterior, el 1 de julio de 2020 la Dirección de Investigación solicitó al Directorio la apertura de sumario de instrucción en contra de las firmas FRIGOMERC S.A. y FRIGONORTE S.A. por la supuesta infracción del artículo 14 de la LDC. Según la Dirección de Investigación, las empresas contratantes habrían llevado a cabo actos de ejecución del contrato posterior a la firma sin la autorización de la operación por parte de la CONACOM.

Dicha solicitud fue resuelta el 20 de julio por el Directorio, el cual dictaminó no acatar el pedido de apertura de sumario de investigación. Uno de los directores manifestó que “consultado si es posible consumir o ejecutar una operación sujeta al control de concentraciones de la CONACOM en los términos de la LDC sin que esta haya emitido una autorización previa, **la respuesta es claramente que no pueden hacerlo**” (CONACOM, 2020, p. 8) [el énfasis es nuestro].

En cuanto, a los indicios de la ejecución del contrato indicado por la Dirección de Investigación, un miembro del Directorio manifestó que las pu-

blicaciones por medios de prensa no constituirían por sí solas indicios suficientes de que la ejecución ocurría y por lo tanto no podían considerarse como pruebas. Ello, en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual las publicaciones de prensa serían constituyentes prueba (*Blake c. Guatemala*, 1998).

Llama la atención la fundamentación del Directorio en la Resolución D/AL 13 para no abrir el sumario en mención. De conformidad con la normativa paraguaya no existe prohibición expresa para no ejecutar el acto contractual, es decir no se prevé la suspensión del contrato hasta el dictamen de la CONACOM, como sí la poseen otras jurisdicciones como la ecuatoriana.

Con relación al Expediente 190/2020, referido a la notificación de operación de concentración por contrato de arrendamiento de FRIGOMERC S.A. y FRIGORIFICO NORTE S.A., el 31 de agosto de 2020 el Senador Fidel Zavala emitió un comunicado indicando que el dictamen de la DI de la CONACOM concluyó que

la operación de concentración analizada crea o refuerza una posición dominante en el mercado de faena de ganado bovino a nivel nacional. Por tanto, la presente operación de concentración no es compatible con la LDC por encuadrarse en los presuntos del Artículo 13 de la LDC y no debe ser aprobada (El Nacional, 2020).

Cabe resaltar que el parecer de la DI no es vinculante para la resolución. Asimismo, en investigaciones anteriores, el Directorio ha resuelto aprobar otras concentraciones descartando el dictamen de la DI. A la fecha de realización de este artículo (agosto 2020), estamos a la espera de la resolución del Directorio del Expediente 190/2020. Consideramos que dicho contrato de arrendamiento indefinido –que al parecer es una venta solapada– debe ser rechazado, en vista de que no existen condicionamientos y remedios suficientes que puedan mitigar los efectos negativos de dicha operación.

Ello, debido a que el líder –solicitante de la nueva operación– estaría incurriendo en prácticas anti-competitivas. En este contexto, la concentración de frigoríficos ha generado controversia desde febrero del 2018 por el insuficiente análisis económico de la CONACOM. También la falta de actuación de esta autoridad ha sido objeto de críticas ante las denuncias de la Asociación Rural de Paraguay sobre un posible caso de posición dominante que hasta hoy no inicia un expediente formal (Agro-Meat, 2019).

Caso contrario, si la CONACOM decide autorizar dicho contrato de arrendamiento perpetuo, conforme al artículo 25 del RLDC tiene la obligación de sustentar su decisión sobre las ganancias de eficiencia de la operación, aunque dudamos que haya alguna. Así como también deberá establecer los remedios mínimos, entre los cuales deberá prohibirse al Grupo Athena Foods usufructuar y adquirir activos y/o empresas competidoras por el plazo de 3 a 5 años y tendrá que someter a revisión contratos de prestación de servicios, entre otras medidas. Ello por cuanto en el sector de hidrocarburos solo en el 2019 la CONACOM llegó a aprobar dos operaciones de concentración para el mismo grupo económico, el cual –por supuesto– pasó a liderar el sector.

El control de estructuras está creado para predecir los potenciales efectos adversos en el mercado y actuar en base a ellos. En vista del gran tamaño y capacidad financiera del Grupo Athena Foods como comprador en la operación de concentración económica del 2017, era evidente el incremento que esta operación tendría en su dominancia y poder de compra en el mercado. Como consecuencia, esta operación ha perjudicado a los productores paraguayos, e inclusive ha obligado a los pequeños productores a vender todo su ganado ante la baja constante de los precios. Sin embargo, el presidente de la CONACOM afirmó que no existiría un efecto negativo en el mercado.

En conclusión, los fundamentos de la CONACOM para no condicionar la compra de FRIGOMERC S.A. y JBS PARAGUAY S.A y otros están incompletos. El silogismo es obvio: a premisas falsas, incompletas y erróneas, conclusión falsa. La mejor prueba de ello es la situación actual del sector que por una negligencia de la CONACOM sufre de actos anti-competitivos.

Finalmente, pese a la baja del precio pagado a los productores, eso no ha repercutido en la baja de los precios a los consumidores finales. Por lo cual, es obvio que los frigoríficos estarían reteniendo ese excedente de ganancia producto de un posible acto de abuso de posición dominante, práctica anticompetitiva sancionada en la LDC paraguaya. Incluso, un reciente dictamen de la Dirección de Investigación demuestra que los ingresos que tuvo el Grupo Athena Foods en Paraguay superó 14 veces su umbral de facturación del 2019 (PARECER/DI 03/2020, 2020).

VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El régimen de defensa de la competencia del Paraguay cumplió su septenio de vigencia, por lo cual en este artículo hemos analizado la ley y normativa

secundaria, las cuales cuentan con elementos básicos, pero adolecen de aspectos sustantivos y fallas de técnica legislativa considerables. Vimos, además, que uno de los fines de las normas antimonopolio es la correcta asignación de recursos por parte de los consumidores. No obstante, cuando la ley es aplicada a medias dicha asignación eficiente no se produce.

Asimismo, en el estudio de la LDC notamos que los redactores de la misma se inspiraron en la normativa de competencia de Uruguay, reproduciendo parcialmente algunos de los artículos de su ley de competencia, con desprolijidad debido a que algunos apartados se encuentran incompletos. Además, el RLDC contradice en determinados temas a la LDC, e inclusive algunos elementos sustantivos que deberían estar tipificados en la LDC solo se encuentran en el RLDC, como lo son las sanciones, las inspecciones sorpresa, entre otros. En ese sentido, se tiene un régimen de regulación económica *sui generis*, ambiguo y confuso.

A pesar de que la CONACOM es independiente en sus decisiones y goza de presupuesto, en 5 años de gestión ha tenido un rol pasivo, ya que solo ha iniciado un caso por prácticas anticompetitivas de oficio en el 2020 y no ha realizado estudios de mercado disponibles al público. A su vez, no existe cultura de libre concurrencia en Paraguay, ya que las actividades de abogacía que ha llevado a cabo la autoridad son escasas y las últimas que han sido organizadas durante la emergencia sanitaria no han sido publicadas en su portal ni *a posteriori* para verlas en diferido.

A ello hay que agregar que es imperante la elaboración de guías de aplicación normativa a efectos de facilitar la comprensión por parte de los agentes económicos, consumidores y público en general. En ese punto, el Directorio de la CONACOM pretende justificar que no tienen recursos económicos para la realización de guías, lo que es una excusa zopenca, ya que algunos organismos internacionales, a través de la cooperación técnica, apoyan a autoridades jóvenes en esa y otras labores. La CONACOM a la fecha tiene un proyecto de “Instructivo para la notificación de operaciones de concentración” que se encuentra en consulta pública, es decir, no posee ni una guía o instructivo vigente en su página web, hasta la fecha.

Por otro lado, uno de los cuestionamientos a los anteproyectos de la LDC de los años 2003 y 2007, fue la creación de la agencia de competencia dentro del MIC, como lo tienen Colombia, Uruguay y otros países. Esto fue criticado por algunos gremios porque manifestaban que de esa forma la autoridad carecería de independencia y autonomía,

lo cual perjudicaría su misión. Con ello, se consiguió que la CONACOM sea un ente autónomo e independiente sin formar parte de ningún ministerio, lo cual incrementó su gasto administrativo. A pesar de dicha independencia, actualmente nos encontramos ante una institución improductiva sin un logro significativo, en especial en la detección y lucha de cárteles.

Por su parte, la información pública en la página web de la CONACOM es insuficiente y la memoria anual de gestión es somera y superficial. La institución debería establecer prioridades a efectos de una mejor utilización de sus recursos humanos y económicos mediante un plan estratégico de gestión y comunicación.

Una razón de la falta de reclamos formales constituye la dificultad de demostrar la legitimación activa para presentar una denuncia por violación a la LDC, ya que los requisitos para la presentación de reclamos son excesivos. Por lo tanto, es inconstitucional al infringir el *ius libellus* (derecho de petición) y poder acudir ante los organismos públicos competentes (Const., 1992, art. 40).

En cuanto al caso analizado del sector pecuario se infiere que los problemas actuales de libre competencia son consecuencia, entre otros aspectos, del hecho de que la CONACOM haya aprobado una concentración sin condiciones en el 2018, más la falta de supervisión de este mercado relevante. De ello se desprende la importancia en el Derecho de la Competencia de realizar estudios sectoriales para conocer el mercado, la segmentación y poder determinar si existe o no una competencia efectiva y en especial ver los efectos de aprobar operaciones de concentración económica.

En este contexto, el examen del caso y de la ley paraguaya nos demuestran que la injerencia de ciertos grupos del sector privado al redactar la LDC y el RLDC a su beneficio, pues no se incluyeron aspectos sustantivos recomendados sobre las mejores prácticas de la legislación comparada. A partir de esta deficiencia, ahora empresas multinacionales con mayor poder de mercado se benefician de las debilidades de la normativa de competencia afectando a las compañías y consumidores paraguayos.

Dos ejemplos de ello constituyen, en primer lugar, el análisis *ex post* de las concentraciones, el cual está causando dificultades de evaluación y control por la CONACOM; así como también, la carencia del Programa de Clemencia. Por lo tanto, la normativa, la aplicación de la misma, la mecánica de la selección de los funcionarios y todo lo relacionado a la gestión, son en gran medida fruto de la inter-

vención de determinados gremios al redactar la legislación. El Derecho de la Competencia posee sus dogmas, muchos de los cuales fueron alterados, para satisfacer a unos pocos y con efectos lesivos a toda la nación.

En otras palabras, el MIC cedió a todos los planteamientos y exigencias del sector privado, caso contrario hubiesen realizado de nuevo el *lobby* del pasado, como sucedió con el rechazo de todos los anteproyectos que no fueron de su agrado. Ello es insólito para la doctrina en donde los que deben ser controlados redactan su regulación, que se acentúa cuando el legislador sanciona una norma sin cuestionar su contenido, que al final resultó ser un estropicio en su aplicación y efectividad, siendo todo esto un *absurdum legalis*.

Por otro lado, llama la atención que la CONACOM a través de sus resoluciones esté generando precedentes negativos para el futuro. Por ejemplo, en la Resolución 13/2020 uno de los miembros del Directorio manifestó que las publicaciones de la prensa no son indicios suficientes, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado lo contrario. Así, es equivocado que la CONACOM exija pruebas y no indicios conducentes y concordantes para abrir una investigación. Ello es muy grave, ya que debilita la protección y ejecución de la defensa de la competencia en Paraguay.

En efecto, el régimen de libre competencia estudiado, requiere de una profunda revisión y reforma. Prueba de ello es que todo el sector ganadero se encuentra en crisis desde el 2018. Cabe resaltar que el grupo económico en cuestión –Grupo Athena Foods– ha adquirido en los últimos años cinco empresas competidoras y dichas operaciones han alterado de forma negativa la estructura del mercado sin que el ente regulador actúe de *motu proprio*, pese a las denuncias recibidas desde julio del 2019.

Cabe resaltar, que si bien la LDC paraguaya tiene 7 años desde su promulgación, en realidad su empleo es de cinco años desde que se posicionaron los Directores de la CONACOM. Por ende y a juzgar por la débil aplicación actual de la normativa anti-monopolio, esta sigue en una etapa inicial y está madurando de forma lenta. Por otro lado, consideramos la importancia de la academia que ha estado ausente en esta área.

In fine, consideramos pertinente abrir el debate en Paraguay para dos temas de gran importancia que son: (i) la inclusión de la sanción penal y (ii) el resarcimiento de daños causados a los consumidores, en vista de que ambos elementos han tenido

resultados positivos en las jurisdicciones que las han incluido como parte del régimen de libre competencia. Resulta poco coherente que una persona vaya a la cárcel por haber robado una gallina y no vaya a prisión por haber robado millones de dólares al haber realizado actos anticompetitivos en desmedro del mercado, de los consumidores y de la democracia.

Luego de nuestro análisis, consideramos que las fortalezas de la LDC son entre otras:

- (i) Los dos órganos de instrucción y resolución están separados y son independientes entre sí.
- (ii) El control de operaciones de concentración posee dos etapas, incluyendo el *fast track*.
- (iii) El pago de una tasa por la notificación de operaciones de concentración, el cual si bien es bajo, existe.
- (iv) La capacidad de dictar medidas cautelares.

Como resultado de este estudio se demuestra la necesidad inmediata de reformar la Ley 4956 Defensa de la Competencia, considerando que esta ley *sui generis* ha demostrado ser inoperativa, cuando debería ser una normativa que genere un impacto positivo en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores. De ahí, presentamos algunas recomendaciones relevantes:

- (i) Incluir la regla *per se* para los cárteles, ya que la doctrina internacional ha demostrado que los cárteles, en especial los que están ligados con precios son las conductas más nocivas para toda economía de mercado.
- (ii) La LDC obliga de forma incorrecta a la CONACOM a analizar las ganancias de eficiencia para todos los casos, lo cual es excesivo y erróneo, debiendo ser excluido.
- (iii) Modificar la actual definición de mercado relevante eliminando la subordinación a una restricción o abuso que tenga un aumento significativo en los precios.
- (iv) En el listado de los acuerdos restrictivos de la competencia se deben eliminar las frases o palabras, como “de manera abusiva”, “injustificadamente”, entre otras.
- (v) El control de concentraciones obligatorias debe ser *ex ante* y corregir los umbrales actuales reduciendo la cuota de mercado y actualizando el volumen de negocios.

- (vi) Ampliar los plazos de investigación en materia de control de concentraciones, prácticas anticompetitivas y las conductas de abuso de posición de dominio, ya que son demasiado cortos para casos complejos.
- (vii) Eliminar la Junta de Calificaciones. Asimismo, los directores de la CONACOM deben ser elegidos por el Presidente de la República y aprobados por el Senado.
- (viii) Agregar conductas de competencia desleal (derogando las leyes vigentes en la materia tales como la Ley del Comerciante de 1983).
- (ix) Incorporar el control de ayudas públicas por su importancia en la vida económica del país y las posibles distorsiones que podrían causar en la competencia.
- (x) Mejorar el programa de compromiso de cese, el cual está incompleto.
- (xi) Incluir la figura del programa de clemencia, ya que este elemento representa una de las herramientas más importantes y efectivas a la hora de combatir los cárteles.
- (xii) Establecer actividades de difusión de la cultura de competencia a través de mayor abogacía de la competencia.
- (xiii) Concluir el régimen sancionatorio incluyendo penas importantes disuasorias. De lo contrario el *status quo* del mercado oligopólico paraguayo seguirá perjudicial hacia competidores y consumidores.
- (xiv) Restructurar el organigrama y dotar de mayor personal al área de investigaciones de la CONACOM así como designar un presupuesto para la realización de estudios sectoriales.
- (xv) Solicitar la realización de un peer review o examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Política de Competencia a la UNCTAD o la OCDE, a efectos de mejorar el sistema. 🏛️

REFERENCIAS

- Andino, C. (2020). Paraguay. En Burnier Da Silveira P. y Sittenfeld P. (Ed.). *Merger Control in Latin America* (pp. 205-218). Concurrences.
- Andino, C. (2017). Chapter 3. New Competition Policy in Paraguay. En Burnier Da Silveira P. (Ed.). *Competition Law and Policy in Latin America* (pp.45-58). Wolters Kluwer.

- AgroMeat (2 de agosto de 2019). ARP pide investigar posible oligopsonio en industria cárnica. *AgroMeat*. <https://www.agromeat.com/275012/arp-pide-investigar-posible-oligopsonio-en-industria-carnica>
- BASE Investigaciones Sociales (2010). De cómo los proveedores cavan su propia tumba. <http://www.baseis.org.py/de-como-los-proveedores-cavan-su-propia-tumba/>
- (2011). Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en realidad defiende a las Corporaciones. <http://www.baseis.org.py/proyecto-de-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-realidad-defiende-a-las-corporaciones/>
- Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (2009). Memoria de actividades. https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/memoria_2009_22032010.pdf
- (2011) Memoria de actividades. https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/memoria_2011_16022012.pdf
- Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM]. (2012). III Conferencia Anual del Programa COMPAL, Lima, Perú.
- (17 de junio de 2020). La CONACOM ha dispuesto la apertura de un expediente de investigación contra Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma S.A. <https://www.conacom.gov.py/noticias/la-conacom-ha-dispuesto-la-apertura-de-un-expediente-de-investigacion-contra-insumos-medicos-s-eurotec-s-y-medical-pharma-s>
- (19 de junio de 2020). La Dirección de Investigación de la CONACOM inició actuaciones con el objeto de identificar posibles infracciones a la Ley de Competencia por parte del GRUPO ATHENA FOODS. <https://www.conacom.gov.py/noticias/la-direccion-de-investigacion-de-la-conacom-inicio-actuaciones-con-el-objeto-de-identificar-posibles-infracciones-la-ley-de-comp>
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD] (2008). *Independencia y rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia*. <https://unctad-compal.org/documento/independencia-rendicion-cuentas-las-autoridades-encargadas-la-competencia/>
- (2010). *Contribución de la política de la competencia a la promoción del desarrollo económico: Formulación adecuada y aplicación efectiva del derecho y la política de la competencia*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/tdrbpconf7d3_sp.pdf
- (2016). *Examen Voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Uruguay*. https://unctad.org/system/files/official-document/ditclp2016d1_es.pdf
- Diario ABC (2010a, 5 de abril). Por presiones, 35 proveedores dan la espalda a Casa Grúter. <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/por-presiones-35-proveedores-dan-la-espalda-a-casa-grutter-90700.html>
- (2010b, 19 de abril). Aún no se presenta ley de competencia que garantice beneficios al consumidor. *Diario ABC*. <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/aun-no-se-presenta-ley-de-competencia-que-garantice-beneficios-al-consumidor-116336.html>
- (2010c, 19 de abril). Feprinco presentó propuesta sobre ley de competencia. *Diario ABC*. <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/feprinco-presento-propuesta-sobre-ley-de-competencia-92122.html>
- (18 de junio de 2011). Presentarán nuevo proyecto de ley de la competencia. *Diario ABC*. <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/presentaran-nuevo-proyecto-de-ley-de-la-competencia-272649.html>
- (06 de agosto de 2013). Reglamentarán ley de competencia. <https://www.abc.com.py/edicion-impres/economia/reglamentaran-ley-de-competencia-604126.html>
- (21 de mayo de 2020). Contraloría concluye que la adjudicación estuvo totalmente “viciada”. *Diario ABC*. <https://www.abc.com.py/nacionales/2020/05/21/contraloria-concluye-que-la-adjudicacion-estuvo-totalmente-viciada/>
- Diario El Nacional (2 de septiembre 2020). Frigoríficos versus Productores: Una disputa que nos afecta a todos. *Diario El Nacional*. <https://www.elnacional.com.py/economia/2020/09/02/frigorificos-versus-productores-una-disputa-que-nos-afecta-a-todos/>
- Gutierrez Perdomo, G., & Sperber Vilhelm, D.A. (2012). *Manual de Competencia Económica para Empresarios*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011a). *Derecho y Política de la Competencia en Honduras- Examen inter-pares*

(2011b). *Temas de Competencia en las Asociaciones Comerciales*. Foro Latinoamericano de Competencia.

Kwoka, J. (1977). Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries. *Southern Economic Journal*, 44(1), 183-189.

Lozano Cutanda, B. (21 de marzo de 2019). La infracción por objeto en materia de competencia no exige analizar la incidencia de la conducta infractora sobre el mercado. *Gómez-Acebo & Pombo*. <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-infraccion-por-objeto-en-materia-de-competencia-no-exige-analizar-la-incidencia-de-la-conducta-infractora-sobre-el-mercado/>

Massaguer Fuentes, J. (2015). Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de la Competencia. En Massaguer Fuentes, J., Salda Arquer, J.M., Folguera Crespo, J., & Gutiérrez A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (pp. 779-834). Thompson Reuters.

Pereira Fukuoka, M. (2011). El rol ciudadano en la definición de una Ley de Defensa de la Competencia legal, leal y justa en el Paraguay. http://www.pojoaaju.org.py/wp-content/uploads/downloads/2012/07/el_rol_ciudadano_en_la_definicion_de_una_ley_de_defensa_de_la_competencia_legal_leal_y_justa_en_el_paraguay.pdf

Stenbacka, R., Melnick, A. & Shy, O. (2008). Assessing Market Dominance. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 68(1), 63-72.

Última Hora (25 de septiembre de 2008). Existe un total rechazo al texto actual del proyecto de ley de competencia. <https://www.ultimahora.com/existe-un-total-rechazo-al-texto-actual-del-proyecto-ley-competencia-n156988.html>

(2 de agosto de 2019). ARP pide investigar posible oligopsonio en industria cárnica. <https://www.ultimahora.com/arp-pide-investigar-posible-oligopsonio-industria-carnica-n2835464.html>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Blake c. Guatemala, Fondo, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 36 (Ene. 24, 1998).

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608, 28 de marzo de 2005.

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 2 de agosto de 2017, Resolución 15/2017 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 9 de febrero de 2018, Resolución 06/2018, Expediente 97/2017 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 6 de diciembre de 2019, Resolución D/AL 29/2019, Expediente 060/2019 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 14 de enero de 2020, Resolución 13/2020 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 21 de septiembre de 2020, Resolución PARECER/DI 03/2020.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. TD/RBP/CONF.7/8 (31 de julio de 2010), https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d8_sp.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. NCTAD/DITC/CLP/2013/2 (2 de julio de 2013), https://digitallibrary.un.org/record/751749/files/ditc-clp2013d2_overview_es.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. UNCTAD/DITC/CLP/2016/1 (12 de octubre de 2016), https://unctad.org/system/files/official-document/ditclp2016d1_es.pdf

Constitución Nacional de la República del Paraguay [Const.], *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 20 de junio de 1992 (Par.).

Decreto 1490/14, Decreto por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 14 de abril de 2014 (Par.).

Decreto 357-2005, Ley Para la Defensa y Promoción de la Competencia, *Diario Oficial La Gaceta*, 8 de noviembre de 2004 (Hond.).

Decreto 404/007, Reglamentación de la Ley 18.159 sobre defensa de la libre competencia en el comercio, *Diario Oficial*, 29 de octubre de 2007 (Uruguay).

Ley 2051, De Contrataciones Públicas, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 23 de enero de 2003 (Par.).

Ley 4956, Defensa de la Competencia, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 25 de junio de 2013 (Par.).

Ley 5282, Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 19 de noviembre de 2014.

Ley 5386, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 6 de enero de 2015 (Par.).

Ley 5554, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2016, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 5 de enero de 2015 (Par.).

Ley 6258/2019, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2019, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 7 de enero de 2019 (Par.).

Ley 6469/2020, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2020, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 6 de enero de 2020 (Par.).

Ley 18159, Promoción y Defensa de la Competencia, *Diario Oficial*, 30 de julio de 2007 (Uruguay).

Ley 19833, Ley que establece modificaciones a la Ley 18.159, *Diario Oficial*, 11 de septiembre de 2019 (Uruguay).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, *Registro Oficial del Ecuador*, 18 de octubre de 2011 (Ecuador).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 30 de diciembre de 2020, Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC (Perú).