

# **Manual sobre Derecho de Competencia**

**Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand**



**IIJ**

## **Universidad Dr. José Matías Delgado**

Dr. David Escobar Galindo  
**Rector**

Lic. Carlos Quintanilla Schmidt  
**Vicerrector**

Dr. Fernando B. Castellanos  
**Vicerrector Académico**

## **Instituto de Investigación Jurídica**

Dr. René Fortín Magaña  
**Director**

Dr. Pablo Mauricio Alvergue  
**Subdirector**



Universidad Dr. José Matías Delgado  
Instituto de Investigación Jurídica

**MANUAL SOBRE  
DERECHO DE COMPETENCIA**

**Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand**

Manual sobre Derecho de Competencia  
Lcda. y Master Rosa Margarita Romagoza de López Bertrand

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña  
Edición y diagramación: Lcda. Iris Hernández  
Corrección de estilo: Lic. Carlos Alberto Saz  
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la  
**Universidad Dr. José Matías Delgado,**  
**Instituto de Investigación Jurídica,**  
Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II  
(Ed. Nte. 2º. Nivel) Antiguo Cuscatlán, La Libertad,  
El Salvador, Centroamérica.  
Teléfono: (503) 2278- 1011 Ext. 233  
Telefax: (503) 2278- 1011 Ext. 249  
**E-mail: [investigacionjuridica@ujmd.edu.sv](mailto:investigacionjuridica@ujmd.edu.sv)**  
**Sitio web: <http://ijj.ujmd.edu.sv>**

El contenido del libro es responsabilidad de su autora.  
Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido,  
por cualquier medio, sin la autorización escrita de la Universidad  
o en su caso de la autora.

Hecho el depósito que manda la ley  
Derechos Reservados  
ISBN: 978-99961-47-00-5

Diciembre 2010

Impreso en El Salvador

# ÍNDICE

SIGNIFICADO DE SIGLAS  
INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO PRIMERO

<b>DERECHO DE LA COMPETENCIA</b> .....	19
1. La competencia.....	19
1.1. Competencia en los mercados.....	23
2. El Derecho de Competencia .....	27
2.1. El Derecho de competencia en el Estado Liberal .....	30
2.2. El Derecho de la competencia en el Estado Social .....	33
3. La Constitución económica y su influencia en el Derecho privado.....	35
3.1. La influencia del Derecho de la escuela de Chicago .....	38
3.2. El Derecho de la Competencia posChicago .....	39

## CAPÍTULO SEGUNDO

<b>COMPETENCIA PERFECTA</b> .....	41
4. La libre competencia o competencia perfecta .....	41
5. Otros modelos de competencia .....	45
6. Conductas o restricciones a la competencia .....	46
6.1. Actos unilaterales y plurilaterales.....	52
6.2. Conductas conscientemente paralelas .....	52
7. Conductas o actos horizontales.....	54

7.1. Acuerdo de precio .....	55
7.2. Organizaciones de ventas conjuntas .....	58
8. Actos anticompetitivos que establecen las condiciones de venta y comercialización.....	59
9. Dumping depredatorio.....	65
9.1. Negativa a satisfacer pedidos .....	65
9.2. Discriminación de precios .....	66
10. Conductas o actos verticales .....	66
11. La distribución a través de agentes. La agencia como mecanismo de integración vertical.....	69
12. Cláusulas frecuentes en el contrato de agencia con relevancia concurrencial.....	72
12.1. Acuerdos relativos a precios y condiciones comerciales.....	74
13. Cláusulas de exclusividad territorial o de clientela .....	76
13.1. Cláusulas de prohibición de competencia y actuación en exclusiva por cuenta del principal.....	79

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL MONOPOLIO Y SUS DIVERSAS**

<b>CONCEPCIONES</b> .....	83
14. El Monopolio .....	83
14.1. Diversas concepciones de monopolio .....	86
14.2. Los monopolios en la etapa precapitalista .....	86
14.3. Los monopolios en el capitalismo.....	88
15. Derecho del monopolio y el régimen jurídico de la concurrencia.....	91
16. Función de la concurrencia.....	92
17. El control monopólico del mercado.....	93
18. Los oligopolios .....	94

18.1. Clasificación de los oligopolios .....	95
18.2. Oligopolio estático.....	96
18.3. Oligopolio dinámico.....	98
<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	
<b>LA POSICIÓN DE DOMINIO EN UN MERCADO DETERMINADO.....</b>	
19. La posición dominante y el abuso de ella.....	99
20. La experiencia comunitaria y el Mercosur .....	109
20.1. La experiencia de la comunidad Europea.....	110
20.2. El Mercosur y la libre competencia.....	111
21. La legislación argentina .....	113
21.1. La legislación brasileña.....	114
21.2. Brasil y Argentina, análisis comparativo .....	102
22. Las fusiones .....	120
23. Metodología en materia de regulaciones de los actos con efectos estructurales sobre la competencia .....	131
23.1. Análisis estructural.....	138
23.2. Cuota de mercado .....	139
23.3. Barreras de entrada .....	142
24. Análisis conductista.....	143
25. Análisis de dependencia .....	143
26. Posición dominante legal .....	145
26.1. Posición dominante y monopolio .....	146
26.2. Posición dominante colectiva.....	150
27. El abuso .....	155
27.1. Responsabilidad de la empresa dominante.....	157
27.2. Factores de licitud de comportamiento de la empresa dominante Justificación objetiva .....	158
28. Mercado relevante.....	159

**CAPÍTULO QUINTO****EL CONTROL DE CONCENTRACIONES**

<b>DE EMPRESAS .....</b>	<b>167</b>
29. El significado del control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho de la competencia .....	167
30. El ámbito de aplicación del control: concepto de concentración .....	170
31. La regulación de control de concentraciones: la concurrencia del Derecho comunitario, español y nacional .....	172
a) El criterio de dimensión comunitaria .....	173
b) La noción de empresa afectada y la forma de cálculo del volumen de negocios de las empresas que participan en la concentración .....	174
c) Las excepciones .....	176
32. Control de concentraciones de empresas en la Unión Europea .....	179
a) Introducción .....	179
b) Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de empresas .....	180
c) Noción de concentración .....	182
d) Reglas de procedimiento .....	183
33. El sistema español de control de las concentraciones económicas .....	184
a) Características generales del sistema .....	184
b) Concepto de concentración .....	185
c) Ámbito de aplicación .....	187
d) Procedimiento aplicable .....	188
34. El control de las concentraciones económicas en la Ley de Competencia Salvadoreña .....	191

**CAPÍTULO SEXTO****ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA  
LEY DE COMPETENCIA SALVADOREÑA  
Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
ESPAÑOLA DE 1989** .....

.....	195
35. La evolución de la legislación salvadoreña: Breves antecedentes.....	195
36. Evolución de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1985 .....	200
37. Características de la Ley de Competencia en relación con la Ley de Defensa de la Competencia, española de 1989 .....	201
38. Ámbito de aplicación.....	207
39. Las prácticas prohibidas .....	210
a) Prácticas colusorias.....	210
b) Prácticas concertadas .....	212
c) Conductas conscientemente paralelas .....	212
d) Abuso de posición dominante.....	216
40. El sistema de autorizaciones .....	221
40.1 Autorizaciones por ley.....	221
40.2 Autorizaciones por disposición administrativa .....	222
41. Control de las operaciones de concentración económica .....	224
42. Control de las ayudas públicas en el sistema español .....	228
43. Órganos de defensa de la competencia .....	230
44. Procedimientos, sanciones y recursos .....	233
En la Ley de Competencia Salvadoreña.....	233
En la Ley de Defensa de la Competencia .....	237
44.1. El Procedimiento de autorizaciones.....	238
44.2. El Procedimiento cautelar .....	242
45. La prescripción.....	243

46. La caducidad.....	245
47. Sanciones .....	247
48. Recursos .....	251

#### **CAPÍTULO SÉPTIMO**

### **ESTUDIO COMPARATIVO DE LEYES DE COMPETENCIA DE DISTINTOS PAÍSES**

<b>DE AMÉRICA .....</b>	<b>253</b>
1. El Derecho de Competencia en México.....	253
1.1. Situación actual en México en materia de competencia.....	300
2. Derecho de Competencia en Panamá .....	303
3. Derecho de Competencia en Guatemala.....	342
4. Derecho de Competencia en Argentina .....	370

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>401</b>
Bibliografía .....	425
Bibliografía libros .....	425
Bibliografía artículos-revistas .....	433
Informes .....	435
Bibliografía Leyes .....	437
Bibliografía-Sitios Internet .....	438
Bibliografía-Diarios Oficiales .....	438

## SIGNIFICADO DE SIGLAS

ADIGAS	Asociación de Distribuidores de Gasolina
AID	Agencia Internacional de los Estados Unidos para el Desarrollo
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AMBEV	Compañía de Bebidas de América
ANDC	Autoridad Nacional de Defensa de la Competencia
ANFAL	Asociación Nacional de Fabricantes de Alcoholes
APAP	Asociación Panameña de Agencia de Publicidad
APEP	Cooperación Económica Asia Pacífico
ASDPP	Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo
C. PRC	Código Procesal Civil
C.Com	Código de Comercio
CADE	Consejo Administrativo de Defensa Económica
CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica, y República Dominicana
CAMPERO	Cadena de Comida Rápida de Centroamérica
CARICOM	Comisión de Competencia
CCE	Consejo de la Comunidad Europea
CE	Comunidad Europea
CE	Comunidad Europea
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CEMEX	Compañía Mexicana, Productora de Cemento
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CFC	Comisión Federal de Competencia
CIP	Controles de Inversión Publicitaria
CJE	Corte de Justicia Europea

CLICAC	Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores
CNDC	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
COFETEL	Comisión Federal de Telecomunicaciones
CONSAR	Comisión Reguladora de los Fondos Privados de Pensiones
CPC	Comisión para Promover la Competencia
CPDG	Política de Competencia y Desregulación
DC	Derecho de Competencia
DINORSA	Distribuidora de Bebidas del Norte
DNPDE	Departamento Nacional de Protección y Defensa Económico
ECD	Estructura-Conducta-Desempeño
EEGSA	Empresa Eléctrica Guatemalteca
ENCOVI	Encuestas de Condiciones de Vida
ERSP	Ente Regulador de los Servicios Públicos
FESPADE	Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho
FUSADES	Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (inglés)
GUATEL	Guatemalteca de Telecomunicaciones
HOLCIM	Empresa de Cemento, hoy denominada Secretaría de Economía
INDECA	Instituto Nacional de Comercialización Agrícola
IPAP	Instituto de Protección de Ahorro Bancario
LAFARGUE	Empresa de Cemento
LC	Ley de Competencia
LCA	Ley Comercial de Agencia
LCA	Ley de Contrato de Agencia

LCS	Ley de Competencia Salvadoreña
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica
LPCDEC	Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva
LS	La Superintendencia
MC	Mercado Común
MCE	Memorando de la Comisión Europea
MEIC	Ministerio de Economía Industria y Comercio
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MICI	Ministerio de Comercio e Industrias
MINECO	Ministerio de Economía Gobierno de Guatemala
NEI	Negociaciones Económicas Internacionales
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo
OMC	Organización Mundial de Comercio
PEMEX	Petróleo Mexicano
PRONACOM	Programa Nacional de Competitividad
RA	Reglamento de Agencia
RCE	Reglamento Comunidad Europea
RCEE	Reglamento de Concentración de Empresas
RCEE	Reglamento de la Comunidad Económica Europea
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RGD	Revista General de Derecho
RICE	Red Internacional de Competencia Económica
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
SDC	Servicio de Defensa de la Competencia
SEC	Secretaría de Estado de Comercio
SECOFI	Secretaría de Economía y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
SIT	Superintendencia de Telecomunicaciones

SNDE	Secretaría Nacional de Derecho Económico Social
SP	Superintendencia de Pensiones
SSF	Superintendencia del Sistema Financiero
SV	Superintendencia de Valores
TA	Tratado de Asunción
TACA	Transporte Aéreos Centroamericanos
TCE	Tribunal de la Comunidad Europea
TDC	Tratado de Derecho de la Competencia
TDC	Tribunal de Derecho de Competencia
TELGUA	Telecomunicaciones de Guatemala
TELMEX	Empresa de Telecomunicaciones Mexicana
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa
TJE	Tribunal de Justicia Europeo
TLCAN	Tratado de Libre Comercio con América del Norte
TR	Tratado de Roma
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio, competencia y desarrollo
UTA	Unidad Técnica de Apoyo

## INTRODUCCIÓN

La competitividad en un país de libre mercado es un tema apasionante, nos llamó siempre la atención en virtud de que en El Salvador, no obstante la existencia de un proceso de apertura económica, ha habido privatización de algunas empresas públicas y se está luchando por un fortalecimiento de la competencia, lo cual ha puesto en un primer plano la necesidad de contar con un régimen adecuado de defensa de la competencia; sin embargo, la Asamblea Legislativa tuvo engavetado varios proyectos de Ley de Defensa del Derecho de la Competencia que han costado echarlos a caminar. Dicha Ley fue aprobada hasta el año (2007) y se dejó un año de *vacatio legis*.

Además es un tema verdaderamente interesante porque si bien es cierto que la apertura económica no significa necesariamente mayor competencia, sí puede conducir a la reproducción en el mercado local de las estructuras oligopólicas que prevalecen en ciertos sectores en el plano internacional, y ello nos ha hecho sentir interés en realizar esta investigación, porque el proyecto al que nos hemos referido, y que al fin fue aprobado, sufrió varias modificaciones, dentro de las cuales está la última, de fecha 18 de octubre de 2007; pero curiosamente no le incorporan lo relativo a la competencia desleal, lo que constituye un descuido producto de la consecuencia de actividades ilícitas abusivas que obstaculizan la libre competencia.

Considerando que El Salvador está a las puertas de un libre tratado comercial, surge entonces la necesidad de legislar a corto plazo ese tratado, encaminado a emitir leyes que protejan

al comercio, a fin de evitar obstáculos a la libre competencia para obtener así una mayor efectividad de la misma, y con ello inequívocamente se lograría un desarrollo económico para nuestro país; para los consumidores, se emitirían leyes que los protejan de la voracidad de los comerciantes y además les permitirían ejercer su derecho a obtener una mejor calidad de los productos obtenidos dentro de un mercado competitivo, permitiéndoles libertad de compra del mejor producto y precio. Además, acaba de entrar en vigencia una ley de protección al consumidor, que a nuestro juicio logrará los efectos que se han buscado y logrará también una mejor protección para los consumidores; y a la economía nacional la protegerá de las prácticas desleales, de tal forma que los inversionistas sientan seguridad jurídica y protección, generando inversión y desarrollo económico al país.

El Salvador se encamina hacia un cambio de conducta en el mundo de la economía y de los negocios, a los cuales deberá adaptarse; adaptación que no resultará fácil, y se hace necesario afianzar y profundizar la libertad económica evitando así las distorsiones en el sistema de precios, haciendo necesaria la intervención estatal para facilitar el comercio interno y externo, con la desregularización y simplificación de los distintos mercados, evitando que se obstaculice o perjudique dicha actividad para la protección del consumidor, quien es el destinatario final.

El presente diseño de la investigación en torno al tema contiene aspectos teóricos y legales, los cuales son ordenados obedeciendo el método científico, el cual es idóneo para toda investigación; sin embargo, es posible que parezca para los lectores un manual práctico de libre competencia, pero lo cierto es que fue diseñado así en virtud de que en El Salvador hay un grave problema de desconocimiento de la materia, ya que por razones de la guerra civil, muchos de los temas jurídicos

y económicos se volvieron totalmente desconocidos por falta de literatura, además de no existir leyes que regularan dicha materia, por lo que consideramos importante para nuestros estudiantes de derecho, y para la comunidad jurídica realizar esta investigación, acompañándola de teoría que servirá como una especie de manual práctico relacionado al tema.

En el Capítulo Primero se presentan los conceptos básicos relativos al Derecho de la Competencia, así como los diferentes estadios en los distintos tipos de Estados.

En el segundo Capítulo se trata de establecer el concepto de la libre competencia, con la visión de perfección; así como los otros modelos existentes de la competencia y los diferentes actos y conductas anticompetitivas existentes, las cláusulas frecuentes y los acuerdos celebrados, a fin de prohibir u obstaculizar la competencia.

El Capítulo Tercero comprende el monopolio y sus diversas concepciones, su comportamiento según la etapa en que se encontró y sus distintas clasificaciones.

El Capítulo Cuarto trata de exponer la posición de dominio en el mercado relevante y el abuso de ella; la experiencia de la Comunidad Europea, el Mercosur y la experiencia individual de Brasil y Argentina, haciendo un análisis comparativo entre estos dos últimos países.

El Capítulo Quinto pretende desarrollar el control de concentraciones de empresas, y el Capítulo Sexto comprende un estudio comparativo entre la Ley de Competencia Salvadoreña y la Ley de Defensa de la Competencia Española de 1989, que es una de las leyes de mayor avance que conocemos.

La autora



## CAPÍTULO PRIMERO

# DERECHO DE LA COMPETENCIA

*SUMARIO: 1. La competencia. 1.1. Competencia en los mercados. 2. El Derecho de Competencia. 2.1. El Derecho de competencia en el Estado Liberal. 2.2. El Derecho de la competencia en el Estado Social. 3. La Constitución económica y su influencia en el Derecho privado. 3.1. La influencia del Derecho de la escuela de Chicago. 3.2. El Derecho de la Competencia posChicago.*

### 1. La competencia

El concepto de competencia<sup>1</sup> es de difícil denominación.<sup>2</sup> No obstante, de la doctrina, y de la jurisprudencia, especialmente de

<sup>1</sup> RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo 1970, pp. 13 y ss., Este autor define la concurrencia como una competición o lucha entre varias personas para la adquisición de un bien limitado que no está disponible para todos o no lo está en la medida necesaria para satisfacer las necesidades de cada uno; entendiéndose por bien toda entidad material o inmaterial que satisface una necesidad; según este autor la concurrencia ofrece dos características: a) se puede ejercitar en cualquier campo de la actividad humana y entre los miembros de cualquier categoría que opere en ella; y b) es una tendencia irreprimible de la naturaleza humana, que puede ser disciplinada, restringida o limitada, pero no abolida: supone una rivalidad, una emulación de comerciantes que se esfuerzan por obtener ventajas y establecer el éxito de sus negocios. Decir concurrencia es decir libre concurrencia, iniciativa privada, libertad de iniciativa económica, libertad de industria o comercio, libertad de entrada de nuevas empresas al mercado. Expresiones a veces sinónimas son designaciones de situaciones diversas relacionadas e interdependientes, presupuestos o consecuencia de la concurrencia o expresiones particulares de un mismo principio: la libertad aplicada a la economía.

<sup>2</sup> Vid CARBAJALES, M y MARCHESINI, D, *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Editora Villela, Buenos Aires, 1978, p. 83. AHIJADO, M., *Curso de Microeconomía*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 310. RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo, Arnaldo, 1998, p. 477.; MARTÍN LABORDA, A, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Edición

la extranjera, pueden extraerse algunos elementos que ayuden a delimitar tal concepto. En una primera aproximación podemos decir que el concepto de competencia es utilizado en el campo del Derecho y la Economía como opuesto a “monopolio”, esto es del poder del mercado en un producto y territorio determinado, y recae sobre una sola persona (o en algunas pocas, en cuyo caso constituiría un “oligopolio”).<sup>3</sup> En síntesis, lo que procura evitar es el poder discrecional que tiene un monopolio sobre los precios y la producción. Se procura que éstos sean el resultado del libre juego de la oferta y la demanda.<sup>4</sup>

La política de competencia tiene como fin evitar que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor. Para valorar este comportamiento resulta imprescindible analizar la estructura del mercado”, en el que los agentes desarrollan su actividad, así como las restricciones que enfrentan en el mismo.

El sistema de reglas que vela por el comportamiento competitivo de los agentes en el mercado, y que normalmente

---

La Ley, 2001, p.35. “Ley de Competencia Desleal”, 3/1991, 10 de Enero, Art. 6 al 17. SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas de La Riqueza de las Naciones*, Barcelona, 1988, pp. 503, ss.; GARCIA PELAYO, *La Teoría Social de la Fisiocracia*, Madrid, 1991, Vol.3, p. 2257. FONT, GALAN, F. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987, p.80. MENENDEZ MENENDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982, pp.20 y ss.<sup>11</sup> VICENT CHULIÀ, F., *Compendio Crítico del de Derecho Mercantil*, Valencia, Civitas, 1991, p.1054, Todos estos autores definen con elementos comunes a la competencia, pero lo hace evidentemente difícil.

- <sup>3</sup> RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo 1970, pp. 13 y ss., Asegura que para hablar de concurrencia o competencia debe identificar los siguientes elementos: a) una pluralidad de sujetos económicos; b) estos sujetos operan contemporáneamente o en una determinada unidad de tiempo; c) ofrecen productos o servicios homogéneos o sucedáneos, para satisfacer los mismos o similares necesidades, sobre el mismo mercado; d) el fin, adquirir o atraer para sí clientela para obtener el bien o el servicio, objeto de la competición.
- <sup>4</sup> Vid CARBAJALES, M y MARCHESINI D, *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Editora Villela, Buenos Aires, 1978, p. 83, Sostienen que cuando nos enfrentamos al concepto de competencia, debemos pensar en el libre juego de la oferta y la demanda, evitando el monopolio sobre la producción y los precios.

se designa como “derecho de la competencia” toma en cuenta las lecciones del análisis económico y se aplica sobre la base de las mismas, dando lugar a lo que podemos denominar como Economía de la Competencia, que son los principios económicos básicos<sup>5</sup> a tomar en cuenta a la hora de afrontar el análisis Antitrust.<sup>6</sup>

Algunos de los elementos identificados por la doctrina<sup>7</sup> como demostrativos de un mercado competitivo son los siguientes:

Número e importancia relativa de los distintos competidores.

- a) Oportunidad de acceso al mercado.
- b) Independencia de los competidores.
- c) Existencia de prácticas depredatorias.
- d) Tasa de crecimiento del mercado.
- e) Incentivos para adoptar conductas competitivas.
- f) Igualación y reducción de precios.
- g) Capacidad excedente.
- h) Diferenciación y homogeneidad de productos, y diferenciación de precios.

La libertad de competencia<sup>8</sup> es un bien porque es evidente que donde hay concurrencia hay lucha, lucha por la conquista

<sup>5</sup> RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo 1970, pp.14 y ss., El principio de la libertad de comercio y su necesario corolario y el principio de la libertad de la concurrencia fundamentan en forma principal la economía liberal o capitalista. Es la base de la legislación económica moderna, y su objeto es asegurar a cada persona la completa utilización de las propias fuerzas del trabajo para la conservación de los resultados económicos, sobre todo, primordial para la conquista de la clientela.

<sup>6</sup> Vid. AREEDA-TURNER, *Antitrust Law. Analysis of antitrust principles and their application*, 1978; SULLIVAN, *Antitrust*, St. Paul 1977; Von KALINOWSKI, *Antitrust and Trade Reeregulation*, 1991.

<sup>7</sup> CARBAJALES, M y MARCHESINI D, *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Editora Villela, Buenos Aires, 1978, p. 83; RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Amalio M. Fernández, 1970, Montevideo, pp.14 y ss.

<sup>8</sup> RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo 1970, pp.14 y ss., sostiene que la libre concurrencia tiene límites y que generalmente los podemos establecer de las disposiciones constitucionales de cada país; pero generalmente podemos concluir que son: a) La libertad del comercio y su necesaria consecuencia; la libertad de la concurrencia, es el principio del régimen económico. b) El interés general, es el único límite del principio. c) La ley, y únicamente la ley, puede limitar, en función del interés general, la aplicación del principio.

del mercado y de la clientela. Y en la búsqueda de los fines primordiales que éstos son, las personas que concurren, compiten entre sí, hay emulación, hay necesariamente por parte del concurrente, un mayor esfuerzo que el que desarrollaría en el caso de que no se hubiere planteado ninguna situación de concurrencia. Y si hay más esfuerzo, se desarrolla el espíritu de competencia donde gana el mejor, la concurrencia es un hecho útil y ventajoso que favorece al progreso y al consumidor. La libre concurrencia asegura a todos los productores una compensación normal; asegura la normal retribución de todos los factores de la producción; equilibra la producción al consumo eliminando una antieconómica producción de mercaderías en cantidad superior a las necesidades; incita a una más razonable producción, con mejoramientos técnicos y económicos que derivan en un perfeccionamiento del producto o en una disminución del costo de producción; mejora la satisfacción de las necesidades, ofreciendo un mejor producto o acercando la oferta del bien o servicio a la necesidad, o favoreciendo al consumidor en las condiciones de las ofertas. En concreto, la concurrencia es el alma del comercio y un factor principalísimo del progreso económico.

La concurrencia puede ser también un mal: puede determinar una producción desproporcionada en relación con las reales exigencias, y en consecuencia, determinar crisis peligrosas de superproducción o baja producción, con destrucción de riquezas y graves consecuencias para la colectividad. O bien en esa necesidad de superar al adversario, dar lugar a procedimientos deshonestos, perjudicando en último análisis al consumidor y perjudicando además la moralidad del comercio, y es entonces cuando adquiere relevancia la limitación introducida a los textos constitucionales de los países, en cuyas disposiciones se afirma el principio de la libertad de comercio, restringiendo

su aplicación en función del interés general que establecen las leyes.

## 1.1 Competencia en los mercados

La teoría económica nos explica por qué el desarrollo de mercados competitivos constituye un objetivo de política económica y por qué precisamente por ello es necesario un sistema de normas de defensa de la competencia.<sup>9</sup>

Un mercado competitivo conduce a una asignación eficiente de los recursos y confiere ventajas a los consumidores, tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. El Derecho de la competencia se originó en los Estados Unidos de América en el siglo XIX y ha alcanzado en los últimos tiempos una extraordinaria difusión de modo que, en la actualidad, ha entrado a formar parte de los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países que han adoptado el sistema de economía de mercado.<sup>10</sup> Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegurarse clientes y no ver reducidas sus ventas. Para atraer a los consumidores se esfuerzan por mejorar la calidad de los precios de los productos e innovar para desarrollar

<sup>9</sup> SHERWOOD, R.M., "Los sistemas de Propiedad Intelectual y el estímulo a la inversión", Heliasta, Argentina, 1997, p.311, tiene una interesante y rica investigación. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob.cit.

<sup>10</sup> Pueden citarse, a título de ejemplo, Argentina, Australia, Brasil, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, Corea, China, Eslovaquia, Letonia, Méjico, Panamá, Perú, Polonia, Rusia, Rumania, Taiwán y Venezuela. En España, la Ley 110/ 1963, de prácticas restrictivas de la competencia instauró un sistema Antitrust que se ha mantenido en vigor hasta la promulgación de la Ley 16/ 1989, de defensa de la competencia. (Sobre el desarrollo de la legislación de competencia en España vid. GARRIGUES, "La defensa de la competencia mercantil", Madrid 1964; BERCOVITZ, A., "La formación del Derecho de la competencia", ADI, II, 1975, p. 71 y ss; GALÁN CORONA, "Acuerdos restrictivos de la competencia", Madrid 1977; CASES, "Derecho Administrativo de la defensa de la Competencia", Madrid 1995; HIERRO, una introducción a las Ley 16/ 1989 de defensa de la competencia. "La tradición norteamericana y el contexto comunitario", Ekonomiaz 21, 1991. p. 14.

nuevos bienes y servicios y emplear tecnologías eficientes que minimicen los costes de producción.

En relación con los costes de producción podemos distinguir dos tipos: los costes fijos y los costes variables. *Los costes fijos* son aquellos en los que incurre la empresa, independientemente de su nivel de producción. Por ejemplo, para la instalación de una fábrica de tornillos es necesario adquirir una nave en la que se pueda instalar la maquinaria necesaria para fabricar el producto. Independientemente del volumen de tornillos que produzca necesita adquirir o alquilar una nave en donde instalar toda la maquinaria.<sup>11</sup>

*Los costes variables*, por el contrario, son aquellos que dependen del volumen de producción. Por ejemplo, la cantidad de metal necesario para fabricar los tornillos que debe adquirir la compañía depende de la cantidad de tornillos que se vayan a fabricar.

*Los costes totales* de producción de una empresa no son más que la suma de costes fijos y los costes variables. A partir de estas funciones de costes la teoría económica define diversos conceptos que resultan enormemente relevantes en el estudio de mercados:

1. *El coste marginal de producción* es el coste de producir una unidad adicional de producto, suponiendo que los precios de los factores productivos permanecen constantes. Este coste varía dependiendo del nivel de producción. En general, a partir de un determinado nivel de incrementos ulteriores de la producción, pueden tender a incrementar los costes marginales por que el rendimiento de los factores productivos decrezca. En el límite, el coste marginal puede hacerse muy elevado.

<sup>11</sup> OTAMENDI, J., "Presupuestos básicos para la aplicación de la Ley de Defensa de la competencia", Heliasta, Argentina, p. 913.

2. *El coste medio de producción* se define como el cociente entre el coste total de producción y el número de unidades producidas. Al igual que el coste marginal, el coste medio puede variar dependiendo del nivel de producción. Por ejemplo, si existen costes fijos asociados al proceso de producción de un bien, aunque los costes variables sean lineales, los costes medios serán menores cuanto mayor sea el nivel de producción. Existe una relación directa entre la función de costes medios y la función de costes marginales. Cuando los costes marginales son superiores a los costes medios, estos son crecientes. Esto se debe a que si el coste de producir una unidad adicional es superior al coste medio actual, los costes marginales son inferiores a los costes medios: ocurre exactamente lo contrario. Al incrementar en una unidad el volumen de producción, el coste medio disminuirá.
3. No siempre los mercados son capaces, por sí mismos, de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. Puede ocurrir que el funcionamiento del mercado se vea distorsionado de manera que las decisiones de precios y de inversión de las empresas no sean las óptimas y el bienestar de los consumidores se resienta. Dos son las causas por las cuales no alcanzan asignaciones eficientes:
  - a) Cuando existe lo que la teoría económica denomina *fallos de mercado*, esto es, situaciones en las que el mecanismo de precios no puede reflejar adecuadamente las decisiones de oferentes y demandantes, y no conduce por tanto a una asignación eficiente. En este sentido, se identifican como fallos característicos los denominados bienes públicos,<sup>12</sup> las

<sup>12</sup> AHIJADO, M., *Curso de Microeconomía*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 310, Los bienes públicos, son bienes de consumo no excluyente o diferenciados, es decir bienes que si están disponibles para un consumidor lo están para todos, de tal manera que la cantidad consumida por un individuo no disminuye la cantidad del mismo bien disponible para los restantes consumidores.

externalidades (en ocasiones existen costes o beneficios derivados del proceso de producción de un bien, o del consumo del mismo, que repercuten sobre terceros agentes y cuyo efecto no está internalizado, ejemplo: la contaminación generada por una fábrica sobre su entorno, o el humo de cigarrillos en un local público), lo incorporado en su precio o los problemas de información asimétrica (estos surgen cuando los agentes participantes en un mercado disponen de diferente información). En general, los fallos de mercado se derivan de las propias características de los productos y de su proceso productivo. De aquí que también se suele incluir entre ellos a los monopolios naturales.

- b) Cuando los propios agentes distorsionan el funcionamiento del mercado. Las empresas pueden, en ocasiones, de forma unilateral o conjunta, influir en la cantidad de *output* del mercado y en la relación calidad-precio del producto para obtener de manera anticompetitiva una rentabilidad extraordinaria en detrimento de otros competidores y del bienestar del consumidor.

En cualquiera de los dos casos, es decir por existencia de fallos de mercado o porque los agentes desarrollen prácticas anticompetitivas, no se alcanzará una asignación eficiente de recursos. Por ello, puede ser aconsejable que los poderes públicos intervengan para corregir o paliar esas desviaciones de la solución competitiva.

Sin embargo, la intervención debe estar diseñada de tal forma que no se empleen soluciones que vengán a distorsionar todavía más el funcionamiento de los mecanismos competitivos. Ello requiere de que se minimicen los costes asociados a la misma y no se suplanten los mecanismos de mercado.

Los poderes públicos se conciben destinados a salvaguardar el marco institucional necesario para garantizar el funcionamiento del mercado libre, a vigilar su cumplimiento y

a complementarlo cuando sea necesario, así como a eliminar las imperfecciones que puedan restringir la competencia, no a suplantarla.

## 2. El Derecho de Competencia

En la doctrina moderna, y especialmente en la europea,<sup>13</sup> ya no se habla de libre competencia o competencia perfecta, lo cual parece haber acuerdo unánime sobre su imposibilidad, sino que se habla de *workable competition* (competencia efectiva o practicable); esta nueva concepción, evaluando las características de la economía moderna y el cambio de los sistemas productivos, persigue demostrar que la competencia no se da tanto por el número de competidores existentes en un mercado determinado, sino por el hecho de no obstaculizar la entrada a nuevos competidores, razón por la cual creemos que el factor más importante dentro de la competencia,<sup>14</sup> es el de la independencia de los distintos oferentes y demandantes en el mercado.

<sup>13</sup> ARIÑO, G. Y LOPEZ DE CASTRO, L., "Derecho de la competencia en sectores regulados", Comares Granada, 2001. CASTAÑO SUAREZ, R., *El Servicio Postal Universal* Revista de noticias de la Unión Europea, 192, 2000. L.; BALLBÉ, M Y PADRÓS, C., "Estado competitivo y armonización europea", Ariel, Barcelona, 1997; CALONGE VELÁSQUEZ, A., "Políticas comunitarias: Bases jurídicas." Lex Nova, Valladolid, 2002; CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., ob.cit., Entiende por competencia: la tendencia autónoma de oferentes y demandantes (competidores), que se influyen recíprocamente en el proceso económico, a la celebración de contratos con terceros (clientes o proveedores) mediante la puesta en práctica de las condiciones negociables que se muestren más favorables.

<sup>14</sup> RIPPE, *Concurrencia Desleal*, Montevideo, 1998, p.477. Sostiene que la competencia proviene de la actividad concurrencial, al que todo empresario se haya sometido y ésta a su vez se somete al Derecho a los diferentes ordenamientos jurídicos, en los cuales se concretan los principios de libertad de empresa y de libre competencia. Este autor define la concurrencia como una competición o lucha entre varias personas, esto determina la existencia de la concurrencia, porque el número de personas que puedan entrar en la explotación de tal o cual actividad es ilimitada, y ninguna persona dentro del campo de libre concurrencia puede oponerse a que otra explote la misma actividad.

Sin embargo, no pensamos que existe “per se”, una estructura de mercado anticompetitiva, es decir que aun una situación monopólica puede ser compatible con la competencia. El objetivo de una ley antimonopolio es la eficiencia económica que, originalmente, estaba dada por una multitud de pequeñas o medianas empresas concurrendo en un mercado; pero que actualmente dicha situación ha cambiado y la competencia debe tener en cuenta otros aspectos.

El comerciante pretende siempre el éxito de sus propuestas al consumidor. La búsqueda del éxito constituye el elemento esencial de la competencia entre los titulares de empresas.

Todos los comerciantes pretenden imponer sus productos en el mercado. En el comercio la competencia constituye un estado sobre el cual deben ser analizados desde el estado ideal de oferta y demanda hasta sus vicios más conocidos, como los monopolios de hecho y de derecho.

Estos vicios hacen necesario el accionar jurídico sobre la competencia económica. Todo oferente deseará contar con la mayor cantidad de consumidores posibles. Es natural que se compita en los mercados: es lícito que una empresa lo haga. La pretensión de cada vendedor que tienda atraer adquirentes de su oferta, como ha sido observado, tiene forzosamente que entrar en conflicto con la de todos los demás que concurren al mercado, pues las posibilidades de compra de los consumidores son limitadas.

Nada hay más importante en el comercio, por parte del comerciante, que procurar hacer accesible sus productos de la mejor calidad y a los mejores precios dentro de un determinado marco geográfico en el cual va a ofrecer sus bienes, similares o idénticos a los de otros comerciantes.

Desde el punto de vista de los oferentes de bienes o servicios, la competencia se basa en un mercado sano, con una oferta sin distorsiones que pudieran afectarla. El Derecho incur-

siona en la economía mediante las normas antimonopólicas, de defensa de la competencia, de la libre concurrencia o como se desee denominarlas, tendientes a regular el fenómeno de la competencia por medio de disposiciones que eliminen los vicios que la afectan.

La competencia se da cuando las pretensiones de varios oferentes no pueden tener éxito todas al mismo tiempo, y se basa en ofrecer la mayor cantidad y a los mejores precios.

Visto así, y en el marco de las empresas que rivalizan, la competencia se constituye en un leal desempeño de la actividad comercial. Es muy claro que cada operación exitosa que efectúa una empresa puede ser considerada por sus competidoras como una oportunidad comercial perdida.

En cuanto a la conducta de una empresa que le quita a otra su clientela en un ámbito de libre competencia, no hay en ello acto ilícito. El buen competidor obtiene la clientela de otros mediante una competencia sana.

Al respecto se ha afirmado que es perfectamente admisible y resulta inevitable que el competidor en el desarrollo normal y legítimo de su actividad cause un perjuicio a los concurrentes. Se ha dicho que vender es quitarle un comprador a otro, lo cual resulta totalmente lícito y admisible, siempre que no se empleen para conseguirlo medios en sí mismos ilícitos y reprobables, ya que ello hace entrar en otro tema: *la competencia desleal*.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> MARTÍN LABORDA, A. *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Edición La Ley, 2001, p. 35. Define a la competencia desleal como cualquier acto que, con motivo de la actividad económica competitiva, desatienda los dictados de la buena fe, rectitud u honestidad, es decir que se aparte de lo que debe ser; y lo que debe ser a propósito de la competencia económica, es que un competidor determinado logre las preferencias del público consumidor, desviando a su favor la clientela del resto de los contendores por esfuerzo propio, en aspecto de la relación calidad, precio de su producto o servicio, desechando en dicha actividad las tácticas, acciones o conductas que involucren falsedades, inexactitudes o intromisiones lesivas que afecten negativamente al competidor y que a su vez permitan a aquél aprovecharse del esfuerzo de este último, engañando, por tanto, al público.

Para comprender la razón del daño concurrencial (que sólo admite la excepción de una actuación de medios fraudulentos, desacostumbrados, desleales) es preciso subrayar que se ha sostenido la peculiaridad que revisten los valores espirituales y los económicos, poniéndose éstos en juego en el campo de la competencia. Tres notas fundamentales les otorgan esa peculiaridad: pertenecer a la empresa que los ha creado, no ser susceptibles de objetividad jurídica y poder ser desviados lícitamente hacia otras empresas que concurren.

Entre las materias tradicionales del Derecho Privado, pocas disciplinas habrá que reflejen con mayor claridad la modificación de las relaciones económicas, que la que regula la competencia desleal. El significado de ésta y de su relación con las normas de defensa de la competencia será la concepción que en cada momento histórico se tenga de las relaciones entre Estado, Derecho y Economía.

Es importante conocer las líneas de la evolución histórica, a fin de tomar en cuenta los cambios producidos en la disciplina sobre libre competencia, que como consecuencia del triunfo de la Revolución Francesa, se extendió por Europa durante el siglo pasado, caracterizándose por ser en el Derecho Público, el del primer constitucionalismo y, en el Derecho Privado, el movimiento codificador. El Derecho de la Competencia, se ha reflejado en dos estados diferentes: El liberal y el social.

## **2.1. El Derecho de la Competencia en el Estado Liberal**

Una de las conquistas de la Revolución Francesa consiste en la denominada libertad de industria y de comercio; dicho en otros términos, en la libertad de competir, libertad que en etapas históricas anteriores no existía, debido principalmente a la rígida implantación de los gremios. Las normas sobre competencia desleal fueron las que primero surgieron; sin embargo, las normas de competencia que tienen un presupuesto común

con las de competencia desleal, en el período mercantilista comenzaron a poner sus bases ideológicas. Desde el momento en que surge el Estado regulador e impulsor de un código de nuevas conductas económicas, dirigiéndolas hacia la obtención de riquezas, comienza a ser percibido como el artífice de una ansiada abundancia, convirtiéndose entonces en el prototipo de las grandes empresas capitalistas, en razón de la libertad de empresa y de la propiedad privada. El mercantilismo fue el primer paso que dio el Estado secular en el camino de la realización del liberalismo; la posibilidad de dedicarse libremente al ejercicio de actividades económicas puso de manifiesto, al cabo de cierto tiempo, la necesidad de evitar que los participantes en el mercado inescrupuloso perjudicaran a los competidores mediante actuaciones incorrectas, es decir mediante actuaciones desleales.<sup>16</sup>

El punto de partida del proceso que nos ocupa debemos situarlo en el primer liberalismo; esto es aquel en que prevalecía la creencia en un derecho natural superior a las leyes positivas, que al igual que las ciencias naturales, puede ser redescubierto y puesto de manifiesto por la razón humana; considerado por su carácter previo y superior a la ley positiva, sin la posibilidad de ser condicionado por la intervención estatal.

Frente a la actitud de los mercantilistas, que consideraban a la economía como un instrumento destinado a fortalecer el poder político del príncipe, los fisiócratas afirmaron que la finalidad de aquélla era la población. Los miembros de esta escuela fueron los primeros en sostener las ventajas de la libertad económica en contra de la creencia que anteriormente se sostenía y era la

<sup>16</sup> Los Art. 6 al 17 de la Ley de Competencia Desleal, 3/1991, 10 de enero, contienen el criterio de tipificación de actos concretos de competencia desleal, a saber: actos de confusión, de engaño, primas y supuestos análogos, actos de denigración, de comparación, de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, inducción a la infracción contractual, violación de normas, discriminación, venta y pérdidas.

necesidad de la intervención del Estado para la buena marcha de la economía.<sup>17</sup>

Junto a la libertad, desde los fisiócratas, apareció en estrecha relación la idea de la propiedad. El orden natural de la sociedad, en cuanto que se origina por el deseo de todo hombre de adquirir y conservar, tiene su expresión en el derecho de propiedad, de tal forma que el objeto de la sociedad consiste precisamente en asegurar este derecho. Puesto que la propiedad sólo es real cuando el bien en cuestión puede ser usado libremente, la libertad y la propiedad constituyen términos correlativos.

De acuerdo con la ley natural, el contenido de la Ley positiva no puede ser otro, por lo tanto, que el de la libertad y la propiedad. El Derecho ya no puede ser de intervención sino de libertad: la misión del Estado, incluso su razón de ser, es el de garantizar la libertad y la propiedad de los individuos. De ahí que sea en este momento histórico cuando se produzca, en el Derecho público, el reconocimiento constitucional de la propiedad y de la libertad de la industria y comercio y, en el Derecho Privado codificado, el establecimiento del Principio de la libertad contractual que eleva al contrato, como creación de la voluntad humana, a la categoría de ley entre las partes.<sup>18</sup> El

<sup>17</sup> SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de La Riqueza de las Naciones*, Barcelona, 1988, pp. 503, ss. Esta idea de la libertad económica ganó importancia y precisión gracias a la referida obra, quien proclamó que cualquier intervención del Estado resulta perjudicial porque la ley natural del mercado es la libertad y el interés individual deja de estar subordinado al interés público, puesto que este es alcanzado únicamente cuando los individuos gozan de libertad para perseguir su propio interés. Al buscar sus propios fines, el individuo actúa como si estuviera guiado por una mano invisible, promueve el interés de la sociedad de forma más efectiva que si realmente intentase promoverlo.

<sup>18</sup> GARCIA P. *La Teoría Social de la Fisiocracia*, Madrid, 1991, Vol. 3, p. 2257. La relación entre libertad y propiedad es establecida ya desde Locke, hasta el punto de considerar que la libertad se reduce a nada en ausencia de derechos sólidos sobre la propiedad privada. LOCKE, Vide, Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Madrid, 1994, pp. 96 y ss. La primera Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 contempla no solo la libertad pública, y la propiedad privada, considerada como *droit inviolable*

abandono del intervencionismo estatal y el reconocimiento de las ideas económicas liberales dieron paso a un nuevo sistema económico cuyo principio rector lo constituyó la competencia; la libertad de industria y del comercio, conduce a una situación de competencia empresarial que es, en un principio, libre.<sup>19</sup>

## 2.2. El Derecho de la Competencia en el Estado Social

Con la reaparición del Estado Intervencionista surge el Estado Social, al que los presupuestos ideológicos y socioeconómicos del primer liberalismo le sirvieron de fundamento a las codificaciones del siglo pasado, sufriendo profundas transformaciones que condujeron al Estado a asumir una actitud diferente respecto de la economía.

Una vez se dejó atrás las fuerzas competitivas en libertad, y en contra de lo que la teoría clásica había previsto, y el ideal de la competencia perfecta se alejara cada vez más a finales del siglo pasado, se hace evidente el fenómeno del crecimiento y la concentración de las empresas, generalizándose la celebración entre éstas, de acuerdos limitativos de la competencia.

En el terreno ideológico va produciéndose un abandono del iusnaturalismo, que dará paso a la afirmación del positivismo del Derecho Estatal. Paradójicamente, la propia codificación significó ya la imposibilidad de la vigencia por sí de un Derecho justo que no estuviese concretado en el Derecho declarado. Por otra parte, la distinción entre igualdad formal e igualdad material

---

et sacré y protegida de la intervención política mediante expropiación, libertad y propiedad son los valores reconocidos.

<sup>19</sup> FONT GALÁN, F. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p.80. Dice que ya Girón Tena había afirmado poco antes de que la palabra competencia se utilizaba, en el Estado Liberal como sinónimo de libertad o con el adjetivo libre por delante *Libre Competencia*, lo que permanece hasta hoy. Esto respondía a las significaciones políticas de libertad, nugatorias de la intervención del Estado y confirmatorias de la abolición del corporativismo y del régimen feudal, y es así como con esta correlación del espíritu de los tiempos naturalmente penetra en los códigos actuales.

producirá también una transformación del individualismo igualitario, formalista de la revolución inspiradora de los códigos decinómicos, que efectivamente, la libertad y la igualdad no se consideran ya un ser espontáneo, sino un deber ser; el Derecho privado no puede limitarse ya a definir un marco donde pueda desarrollarse la libertad individual, sino que ha de buscar la realización de la justicia. Aparecerá así, con tendencia a perseguir una cierta igualdad material, el Estado Social como superación de la separación entre Estado y Sociedad. Si bien es cierto que se había proclamado que el capitalismo del “laissez faire” había llegado a su fin en agosto de 1914; sin embargo, la decidida intervención del Estado en la economía se hace evidente con la adopción de políticas activas contra la crisis de 1929. La intensificación de este proceso intervencionista permitió afirmar que, después de la Segunda Guerra Mundial, el capitalismo liberal ha sido sustituido por el neocapitalismo, caracterizado por la sistemática intervención del Estado en la política económica. En los ordenamientos occidentales, en los cuales el mercado continúa siendo la pieza clave del sistema, conviven desde entonces la libertad y la intervención. Ciertamente es que, realmente, tal convivencia ha existido siempre; lo característico de la nueva situación es que la intervención deja de ser una excepción al sistema de libertad para pasar a formar parte del mismo, que será ahora mixto.<sup>20</sup> Resultando que la mano invisible de la Ley Natural es sustituida por la muy visible de los poderes públicos. La satisfacción del interés privado de los participantes en el mercado no tiene por qué conducir necesariamente a la intervención de un Estado que no puede permanecer ya al margen de la economía.

<sup>20</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil”, en Tratado de Derecho mercantil, Civitas, Madrid, 1982 .pp.23 y ss. Sostiene que la consecuencia más evidente es la negociación de la existencia de un orden natural que inexorablemente conduzca mediante la libertad hacia la justicia.

La negación del individualismo liberal se traduce en la exigencia de conformar jurídicamente la economía, que pasa a ser materia constitucional. Puesto que el mecanismo de “laissez faire” ha fallado, el Estado deja de inhibirse del funcionamiento del mercado para asumir la responsabilidad de su correcto funcionamiento, de forma que el mercado pierde su carácter de institución privada. De la pasividad del Estado se pasa a un proceso de carácter intervencionista que se recibe en las constituciones, atribuyendo a aquél la función de control y orientación de la economía en la creencia de que la ciencia económica no sólo justifica esa función, sino que además está en condiciones de ofrecer los medios para llevarla a cabo.

### **3. La Constitución económica y su influencia en el Derecho privado**

Economía es el desarrollo de un nuevo ordenamiento, el llamado Derecho económico o Derecho de la intervención del Estado en la economía, de marcado carácter instrumental y asociado a la aparición de conceptos como los de orden público económico y especialmente al de constitución económica.<sup>21</sup> Expresión, en suma, del paso de un orden natural a un orden estatal de la economía que se cifra, en cierto modo, en la cláusula del Estado Social. El desarrollo de ese Derecho económico se producirá mediante una abundante legislación pública y privada, expresión en buena parte de lo que podría considerarse como una nueva constitución económica material, que muestra

<sup>21</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Constitución, sistema.... ob.cit.*, pp. 20 y ss. Hace referencia al conjunto de normas básicas sobre el sistema económico acogido en la propia Constitución política (constitución económica en sentido formal). Es expresión, por lo tanto, del paso de la economía liberal, fundada en un orden objetivo y autónomo, sustancialmente distinto o diferenciado del orden estatal, a una economía sometida a la intervención del Estado, a través de medidas de política social y económica.

los rasgos propios de una economía que ha superado ya el marco estrictamente liberal.

El Salvador cuenta con una Constitución construida en forma económica, y el punto de partida para considerar que ello es así lo encontramos en los artículos 2, 103 y 102 de nuestra Carta Magna, en los que se reconoce el Derecho a la propiedad privada, no en forma absoluta, ya que si es necesario, el Estado puede intervenir los bienes de los particulares, con el objetivo de que estos sirvan para la utilidad pública o para un interés social, es decir que satisfagan las necesidades de las mayorías; también consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, es decir que el Estado fomentará y protegerá la iniciativa privada dentro de las condiciones necesarias para acrecentar la riqueza nacional y para asegurar los beneficios de ésta al mayor número de habitantes del país, debiendo interpretarse en relación con todos aquellos principios, libertades,<sup>22</sup> derechos y deberes que configuran el sistema económico social propiamente dicho.

De aquí resulta que se ha planteado una tensión entre la libertad de empresa y la intervención de los poderes públicos en el

<sup>22</sup> RIPPE, S., *La Concurrencia Desleal*, Montevideo, 1970, pp. 12 y ss., sostiene que la Libertad del Comercio es un principio fundamental dentro del ordenamiento jurídico de un país no es sólo una cuestión de hecho, es un concepto incorporado al texto de la Constitución de la República del Uruguay entre otras, en la sección dedicada a establecer, deberes, derechos y garantías de todos los habitantes de la República. En ese sentido, la Carta Fundamental ha recogido el principio, directa o indirectamente en tres disposiciones: a) una disposición de alcance general con referencia a los derechos más importantes de la persona humana; b) una de alcance general con referencia al derecho, a la libertad en particular; c) una de alcance limitado y referido al citado derecho en particular. Respecto al hecho de ser incorporado dentro del principio constitucional se puede extraer de ello tres conclusiones primarias que son: a) Que toda persona, sin ninguna distinción, en cuanto a su número o calidad puede dedicar su tiempo, su dinero y su esfuerzo al ejercicio de la actividad que más convenga a sus intereses o posibilidades. b) Al no existir un número límite de personas en condiciones de ejercer una misma actividad, se asegura a todas las personas por igual el libre acceso al mercado. c) Al asegurarse a todas las personas el acceso al mercado, resulta una consecuencia inevitable: dos o más personas pueden ejercer en un mismo momento y lugar una misma actividad económica determinada.

proceso económico que se ha pretendido resolver subordinando aquella a los intereses generales, de tal forma que, junto a la consagración de la función social de la propiedad, pudiera decirse que la Constitución está potenciando también la función social de la actividad del empresario.<sup>23</sup>

El Derecho privado lógicamente no puede quedar al margen de los intereses generales, apareciendo una tendencia a la socialización de instituciones originariamente dominadas por la idea del interés privado que desembocará en la llamada desprivatización del Derecho privado. La noción de la neutralidad política del Derecho privado, por tanto, se presenta como incompatible con el interés general, lo que conduce a una instrumentalización del Derecho privado en función de los fines perseguidos por el ordenamiento público de la economía.

Así en el campo del Derecho Civil aparece la llamada cuestión social, que se traduce en el nacimiento del Derecho Laboral. La misma función de protección asumida por el Estado encontrará reflejo en otros sectores, como la legislación urbanística y sobre la vivienda, el Derecho de los consumidores, etc.

Las nuevas ideas se han dejado sentir sobre las categorías tradicionales del Derecho privado, siendo su manifestación más llamativa, probablemente, la relativización de los derechos subjetivos atendiendo a su función social. Los principales y primeros esfuerzos en esta dirección tuvieron lugar en Alemania. A pesar de ciertos antecedentes doctrinales, la consolidación de estas tendencias es obra de una jurisprudencia tendente a acomodar las instituciones clásicas a las nuevas necesidades económicas

<sup>23</sup> VICENT CHULIÀ, *Compendio Crítico del de Derecho Mercantil*, Valencia, Civitas, 1991, p.1054, sostiene en este sentido que las transformaciones del Derecho privado y sus consecuencias son derivadas del principio de congruencia interna del ordenamiento que exige su adaptación a la norma constitucional, y que el Estado deroga parcialmente el dogma de la autonomía de la voluntad donde existen situaciones de desigualdad material, convirtiéndose en esos sectores en Derecho imperativo y siendo interpretado de conformidad con el ideal social.

y sociales, incluyendo la utilización de las cláusulas generales para la transformación de la ética económica del liberalismo clásico en otra de liberalismo social.

### 3.1. La influencia del Derecho de la Escuela de Chicago

La actitud del Estado frente a la economía y, con ella, la concepción del Derecho, han sufrido importantes transformaciones a consecuencia del contraataque neoliberal que, apoyado en el análisis económico del Derecho, es impulsado principalmente al menos en su corriente mayoritaria y, sin duda, más influyente por la conocida como Escuela de Chicago.

Esta corriente, apuntada en Estados Unidos en los años sesenta, y que ganara ascendencia creciente tras la crisis económica de 1973, coincide con la tradición clásica del liberalismo, representada ahora en mayor medida, probablemente, por la Escuela de Viena en cuanto a su confianza en el mercado,<sup>24</sup> lo que se traduce en una defensa de la desregulación que, asociada a un proceso de privatización de las empresas públicas de abandono por el Estado del papel del empresario, será asumida paulatinamente por el legislador hasta convertirse en signo de nuestro tiempo.<sup>25</sup>

Sin embargo, mientras que para la tradición clásica el Derecho debe limitarse a crear las condiciones para la existencia del mercado sin intervenir en su funcionamiento, para la escuela de Chicago esta intervención es necesaria cuando no existen las condiciones para que el mercado funcione correctamente. Para

<sup>24</sup> SMITH A., *Investigación sobre la naturaleza y...* ob. Cit., pp. 504 ss., sostiene que de acuerdo a la teoría clásica, únicamente el mecanismo del mercado puede procesar toda la información necesaria para determinar qué bienes hay que producir.

<sup>25</sup> VICENTE CHULEA, F., "Nuevas estrategias en el Derecho europeo, Derecho de los negocios", num. 76, 1997, p. 15, señala que la desregulación no consiste en la desaparición de normas, sino en su sustitución por un nuevo Derecho, pudiendo conducir una ampliación de las leyes en lugar de su reducción.

la primera el Derecho es el marco en el que se desarrolla un proceso al que no se le han asignado fines, mientras que para la segunda, entroncando con la tradición utilitarista encabezada por Bentham, “*tiene sentido de impartir justicia con criterios de economía*”, el Derecho tiene un fin muy preciso: la consecución de la eficiencia económica; tanto el legislador al aprobar una norma, como el juez al aplicarla, deben adoptar la solución que maximice la eficiencia con exclusión de cualquier otro fin.

El conocido como análisis económico del Derecho se caracteriza por la aplicación de los consejos y el método económico al conocimiento jurídico y, principalmente, al derecho patrimonial privado. Ciertamente, esta forma de operar nos resulta novedosa en el ámbito del Derecho Antitrust, especialmente norteamericano; sin embargo, el análisis económico del Derecho extiende el objeto de su estudio a todo el ordenamiento jurídico, primero, y finalmente, a todo comportamiento humano. Y en lo que se refiere al Derecho Antitrust, presenta importantes novedades que afectan tanto a la finalidad del mismo como al método de análisis. En cuanto a la primera, se considera ahora que el Derecho Antitrust, como el resto del ordenamiento jurídico, ha de perseguir una única finalidad: la maximización de la eficiencia. En cuanto al segundo, se abandona la metodología propia de la organización industrial, el paradigma estructura—conducta—resultado, el análisis de la existencia de barreras a la entrada, y se adopta la teoría macroeconómica de los precios. El resultado, como veremos, se traduce en una mayor permisividad hacia el poder de mercado, el cual deja de ser considerado como intrínsecamente pernicioso para convertirse en un presupuesto de aplicación de las normas Antitrust.

### **3.2 El Derecho de la competencia posChicago**

Durante los años noventa fue ganando aceptación en el Derecho Antitrust norteamericano una corriente de pensamiento

nominada posChicago, que lejos de promover un retorno a las tesis populistas anteriores, no supone en realidad el rechazo, más bien supone la consolidación de las ideas básicas, matizadas de la Escuela de Chicago.

El bienestar de los consumidores consagrados por los tribunales norteamericanos es aceptado como la verdadera finalidad del Derecho Antitrust. Para la nueva corriente, el concepto de bienestar de los consumidores no coincide exactamente con la maximización de la eficiencia, al menos tal como ésta es definida por la Escuela de Chicago; hoy por hoy se entiende demasiado restringido y no toma en cuenta los aspectos dinámicos del mejor futuro de las condiciones del mercado, como consecuencia de las actuales inversiones en innovación.

La economía sigue siendo el instrumento de análisis de los problemas Antitrust; sin embargo, frente a los modelos macroeconómicos simples y abstractos empleados por la Escuela de Chicago, los nuevos autores se apoyan en los estudios de la nueva economía industrial, mediante la teoría de juegos, y en el modo en que dicho comportamiento afecta a la configuración de cada industria en particular, en consecuencia, se propone un análisis caso por caso de los hechos y las características reales de cada mercado, tomando en cuenta las imperfecciones del mismo, que permiten el comportamiento estratégico de los participantes. Se adopta en suma el método deductivo, no como único instrumento de análisis, tal como propone la Escuela de Chicago respecto de la teoría microeconómica de los precios, sino como un punto de partida que ha de completarse con datos empíricos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

# COMPETENCIA PERFECTA

*SUMARIO: 4. La Libre competencia o competencia perfecta. 5. Otros modelos de competencia. 6. Conductas o restricciones a la competencia. 6.1. Actos unilaterales y plurilaterales. 6.2. Conductas conscientemente paralelas. 7. Conductas o actos horizontales. 7.1. Acuerdo de precio. 7.2. Organizaciones de ventas conjuntas. 8. Actos anticompetitivos que establecen las condiciones de venta y comercialización. 9. Dumping depredatorio. 9.1. Negativa a satisfacer pedidos. 9.2. Discriminación de precios. 10. Conductas o actos verticales. 11. La distribución a través de agentes. 11.1. La agencia como mecanismo de integración vertical. 12. Cláusulas frecuentes en el contrato de agencia con relevancia concurrencial. 12.1. Acuerdos relativos a precios y condiciones comerciales. 13. Cláusulas de exclusividad territorial o de clientela. 13.1. Cláusulas de prohibición de competencia y actuación en exclusiva por cuenta del principal.*

### 4. La libre competencia o competencia perfecta

Se ha afirmado que la competencia es perfecta en tanto o cuanto más libre sea la elección del consumidor, sin mediatizaciones que la desnaturalicen o fuercen; mientras más supeditada esté a las exigencias del mercado, a la actuación de los otros competidores, a la política industrial y de ventas de cada vendedor, más pura será la competencia que se desarrolle.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de Derecho Industrial*, 1978, Civitas, Madrid, p. 236. Sostiene que el Economista nos habla de Competencia Perfecta, cuando la acción de los factores competitivos es la máxima posible.

En lo que tiene que ver con el precio, el régimen de competencia perfecta consiste en que este se mantenga en un punto de equilibrio entre la oferta y la demanda. En cuanto a la elección de los consumidores, se sostiene que no basta con que la elección sea libre, como presupuesto indispensable, en sentido jurídico, sino que debe manifestarse en una elección que no se da si los consumidores deben acudir a determinados establecimientos y adquirir determinados bienes específicos, lo cual implicaría que no haya competencia perfecta. La libertad del consumidor debe ser efectiva y real, representada como una opción entre términos iguales. La competencia perfecta es aquella en la cual la actitud del elaborador de un producto que fabrique una porción mínima de él, y aumente su producción o la disminuya, o incluso deje de producir, carece de efectos sobre el mercado.<sup>27</sup>

En cuanto a la política industrial del empresario, la competencia perfecta es aquella en la que se respetan las condiciones de un mercado.

Diversos autores destacan la fragilidad de la competencia perfecta. Esto es así, si no existiera una ley que acompañe a la libre competencia, se llegaría a una situación anticompetitiva o monopólica, es decir que la competencia se ve afectada por las prácticas que la distorsionan, una de las cuales es el denominado monopolio.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ, I., - PADILLA, A. J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Editorial Bosch, S.A., 2005, p. 18. En un mercado competitivo la presencia de empresas rivales disciplina el comportamiento de los oferentes, y gracias al mecanismo de precios las decisiones de oferentes y demandantes se hacen compatibles, de manera que se maximiza la utilidad y el beneficio de los agentes.

<sup>28</sup> BAYLOS CORROZA, H, *Tratado...* ob cit, p. 240. Los adquirentes del bien que el monopolista presenta al mercado se verán obligados a pagar el precio que este les imponga. Hay una situación de dominio por parte del vendedor monopolista, ya que los adquirentes solo pueden comprarle a él.

La competencia perfecta es desvirtuada por este fenómeno, que se constituye cuando hay un único oferente de una mercadería determinada.

Un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que existe un gran número de empresas que fabrican un producto homogéneo, perfectamente divisible, en el que no existen barreras a la entrada ni a la salida, tanto empresas como consumidores tienen información completa, no hay costes de transacción y todos los agentes son precio-aceptantes, es decir que puede ocurrir que para una empresa sea preferible no producir nada a producir al nivel de precio igual al coste marginal.<sup>29</sup>

En un mercado en competencia perfecta el nivel de producción de las empresas es aquel en el que el precio es igual al coste marginal de producción. Si el precio del producto fuese superior al coste marginal, las empresas optarían por producir una nueva unidad porque el ingreso que obtendrían por precio unitario sería superior al coste de producción y los ingresos de la empresa se incrementarían al producirla. Las empresas fijarán su nivel de producción en el punto tal que el coste de producir la última unidad sea igual al ingreso que se deriva de comercializarla. Si el precio fuera inferior al coste marginal la empresa estaría incurriendo en pérdidas con la última unidad producida, con lo cual decidiría no producirla. Por lo tanto, en un mercado en competencia perfecta las empresas maximizan beneficios produciendo el nivel de “output”<sup>30</sup> que iguala el precio al coste marginal.

<sup>29</sup> AHIJADO, M., *Curso de Microeconomía...* ob. cit., p. 142 supone que cada empresa produce y cada consumidor demanda una cantidad relativamente pequeña sobre el total, de forma que sus decisiones no tienen efecto sobre el precio de equilibrio de mercado.

<sup>30</sup> AHIJADO, M., *Curso de Microeconomía.....* ob. cit., p. 144, el volumen del output *de cierre*. Para precios inferiores al mínimo de los costes variables medios la empresa optará por no producir correspondiente a un precio igual al mínimo de los costes variables medios, y a ello se le denomina *punto*.

En un mercado competitivo la presencia de empresas rivales disciplina el comportamiento de los oferentes, y gracias al mecanismo de precios las decisiones de oferentes y demandantes se hacen compatibles de manera que se maximiza la utilidad y el beneficio de los agentes.

Cierto es que el supuesto del modelo de competencia perfecta es muy exigente, lo que lleva a que en la práctica pocos o ningún mercado puedan considerarse como perfectamente.

Existen diversos tipos de actos anticompetitivos, clasificados como conductas contrarias a los aspectos dinámicos y a los aspectos estructurales de la competencia.

Las primeras son aquellas que limitan o restringen elementos esenciales de la competencia, tales como acuerdos de precios o división de mercados; las segundas son aquellas que debilitan la intensidad de las fuerzas productivas, por ejemplo las fusiones y conglomerados; en cuanto a éstas últimas, son buenos actos competitivos. Sin embargo, dado sus buenas propiedades en términos de eficiencia y de bienestar, la teoría económica utiliza el modelo de competencia perfecta como *benchmark* o punto de referencia para analizar otras estructuras de mercado.

Para determinar la competencia perfecta, debemos alcanzar la eficiencia productiva, asignativa y dinámica, así:

- a) La eficiencia productiva implica que las empresas satisfacen una demanda determinada al mínimo coste posible, es decir, que no existe ninguna combinación de factores productivos que permita incrementar el nivel de producción de un bien sin reducir el de otros. La presión competitiva obligará a las empresas menos eficientes a abandonar el mercado. En este sentido la eficiencia productiva queda garantizada.
- b) La eficiencia asignativa se consigue, pues gracias al mecanismo de precios las empresas producen aquellos bienes más valorados por los consumidores. De esta forma, cualquier otra combinación de factores que modi-

fique los niveles producidos de cada bien conduciría a un menor bienestar.

- c) Los mercados competitivos aseguran también la eficiencia dinámica. La rivalidad entre empresas las incentiva a innovar con el fin de mejorar la calidad de los productos y atraer con ello a los consumidores.<sup>31</sup>

## 5. Otros modelos de competencia

Como lo expresamos en párrafos anteriores, los supuestos del modelo de competencia perfecta son muy exigentes. En el mundo real las empresas no se comportan tal y como supone el entorno ideal de la competencia perfecta. Generalmente el número de empresas competidoras en la fabricación de un producto es relativamente bajo, no disponen de información completa y no son precio-aceptantes, ello significa, que sus decisiones tienen impacto sobre el precio del equilibrio.

Analizaremos otros modelos de competencia que nos reflejan esta situación y que se caracterizan porque las empresas gozan de cierto poder de mercado. Entendemos por poder de mercado la capacidad de una empresa de elevar los precios del mercado de manera significativa, rentable y sostenida. *“Cualquier empresa puede implementar un incremento en precios en cualquier momento del tiempo, pero ello no significa que todas las empresas gocen de poder de mercado. Tal y como argumentábamos anteriormente, un incremento en precios provoca un descenso en la demanda. Si la demanda sufre una caída lo suficientemente pronunciada, de tal forma*

<sup>31</sup> GUTIÉRREZ I. - PADILLA A. J., *Tratado de....* Ob Cit. p. 19. El hecho de alcanzar la eficiencia productiva, la asignativa y la dinámica permiten que se maximice el bienestar social. El bienestar social es la suma de bienestar de los consumidores y los productores, que equivale a la valoración que ambos tipos de agentes realizan sobre las cantidades intercambiadas en equilibrio con respecto al precio del mercado, esto es, con el excedente del consumidor y del productor.

*que el incremento en precios resulte en una reducción de los beneficios, entonces la empresa no goza de poder de mercado. Por el contrario, si la caída en la demanda es reducida, de tal forma que se ve compensada por el incremento en precios (y el descenso en costes, dado que se reduce la cantidad producida), la restricción de la cantidad producida resultará en un incremento en los beneficios, en cuyo caso las empresas gozan de poder de mercado.”<sup>32</sup>*

## **6. Conductas o restricciones a la competencia**

La concentración o el monopolio son conductas o restricciones a la competencia; sin embargo, no son malas en sí mismas, sino en la medida en que agraven la estructura ya de por sí limitada del mercado donde operan. Existen conductas o restricciones a la competencia, denominadas horizontales y verticales.

Las restricciones horizontales son aquellas que tienen lugar entre empresas que operan en el mismo nivel de producción y en el mismo mercado. Las restricciones verticales son las que afectan a empresas correspondientes a distintas etapas del mismo proceso productivo. La jurisprudencia norteamericana,<sup>33</sup>

<sup>32</sup> CARLTON, D.W. - PERLOFF, J.M., *Modern industrial organization*, Addison Wesley Longman”, 2000, p. 87, traducción del texto original en inglés: Any firm can coste to raise price at any time, but this does not mean that any firm has market power. As discussed above, the action of raising price will cause demand to fall. If demand were to fall sufficiently so that increases in price were to lead to lower profits, then the firm would not possess market power. However, if the reduction in quantity sold is sufficiently small that it is outweighed by the higher price (and lower costs since less needs to be produced), restricting output will cause profits to rise and the firm does not have market power.

<sup>33</sup> [www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/](http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/) Reglamento (CE) n.º 428/2005 del Consejo, de 10 de marzo de 2005, 18, mayo, 2007. Por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de fibras sintéticas discontinuas de poliéster originarias de la República Popular China y de Arabia Saudita, por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2852/2000 por el que se establece un derecho antidumping definitivo sobre las importaciones de fibras sintéticas discontinuas de poliéster originarias de la República de

Corea y por el que se da por concluido el procedimiento antidumping relativo a tales importaciones originarias de Taiwán. El Acuerdo entre los Estados Unidos y Canadá sobre Aplicación de Leyes de Competencia y Prácticas Comerciales Fraudulentas establece un marco para fomentar la cooperación y la coordinación entre las autoridades de competencia, a fin de evitar conflictos que puedan surgir de la aplicación de las leyes y reducir el efecto que esas diferencias puedan tener en cada país. Las provisiones similares también se encuentran en varios acuerdos. El Acuerdo entre las comunidades europeas y el Gobierno de Canadá, relativo a la aplicación de sus normas de competencia, el Acuerdo de cooperación entre Canadá y México sobre aplicación de leyes de competencia y el Memorando de entendimiento entre el comisionado de competencia (Canadá) y el Fiscal Nacional Económico (Chile) relativo a la aplicación de sus respectivas leyes de competencia; el Protocolo del MERCOSUR y la decisión 285 de la Comunidad Andina, establecen sendos regímenes normativos comunes para los países miembros, los cuales prohíben aquellas conductas comerciales que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia en el mercado, su regional, incluyendo específicamente las prácticas horizontales derivadas de acuerdos colusorios entre empresas competidoras, las conductas constitutivas de abuso de una posición dominante, así como las concentraciones económicas. EL Protocolo n.º 8 del CARICOM, que hace referencia a las políticas de competencia, a la protección del consumidor, al dumping y a los subsidios, crea la Comisión de la Competencia, que establecerá de manera apropiada, normas que ayuden a controlar y prevenir conductas anticompetitivas. La creación de instituciones de competencia supranacionales es una de sus características más singulares. El Tratado de Libre Comercio e Intercambio preferencial entre Panamá y cada uno de los países miembros el Mercado Común de Centroamérica, hace mención a los problemas de la competencia en su Capítulo IV, con lo cual se adoptarán medidas necesarias para corregir los posibles fallos y distorsiones que puedan afectar la producción y el comercio. El Tratado de Libre Comercio entre el Mercado Común Centroamericano y la República Dominicana, en lo que respecta a su Política de Competencia, creará un Comité de Libre Competencia, el cual se encargará de controlar y evitar prácticas empresariales anticompetitivas y establecerá mecanismos que faciliten y promuevan el desarrollo de esta política. El Acuerdo de Complementación Económica entre las repúblicas de Bolivia y Chile, en el capítulo dedicado exclusivamente a Políticas Desleales de Comercio y Condiciones de Competencia, se compromete a seguir los criterios y procedimientos que se estipulan en el ámbito del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). El Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Centroamérica que conforman el Mercado Común Centroamericano y la República de Chile, establece mecanismos que faciliten y prueban el desarrollo de la Política de Competencia y que garanticen la aplicación de sus normas, y además procurará que los beneficios obtenidos a favor de este tratado no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. El Acuerdo entre la comunidades europeas y el Gobierno de los Estados Unidos, que trata de los Principios de Cortesía Positiva en la Aplicación de las Normas de competencia, hace énfasis en la importancia de garantizar que los flujos comerciales y de inversión entre las partes, así como la competencia y el bienestar de los consumidores en sus territorios respectivos, no se vean obstaculizadas por actividades anticompetitivas. Y por último,

que ha sido pionera en la materia, se ha encargado de distinguir entre los acuerdos simples de carácter anticompetitivo, sancionados “per se”, es decir sin admitir justificación de racionalidad, de los acuerdos con restricciones vinculadas “cancillary restrictions”, los cuales sí admiten justificación con base en sus posibles efectos procompetitivos, por ejemplo acuerdos de no competencia entre proveedor y distribuidor; o con un ex socio después de la finalización de un contrato; y otras situaciones similares, como pueden ser la protección de distribuidores por la mejor distribución y publicidad que éste otorga a los productos del proveedor incrementando sus ganancias que, lejos de obstaculizar la competencia en el mercado, la promueven.

En la Corte, en Estados Unidos, en el caso de *United Status v. Addyston Pipe and Steel*, distinguió entre un simple cartel entre competidores, para mantener altos los precios del acero, el cual era ilegal “per se”, no obstante lo razonable de sus precios en relación a aquellas restricciones vinculadas a un propósito legal. En la ausencia de un mercado competitivo, no había manera de saber cuál era el nivel de equilibrio de los precios que se hubieran alcanzado si no era a través de un acuerdo o cartel. En este caso puede establecerse el nacimiento de la doctrina de las “restricciones vinculadas o subsidiarias”, en palabras del juez Taft, quien dijo en su sentencia: *...incluso bajo las leyes del common law, tal tipo de acuerdos (los horizontales) son ilegales bajo las leyes de common law, a menos que sea una simple restricción vinculada al objeto principal del acuerdo.....”*

---

los diferentes acuerdos efectuados por Estados Unidos con Brasil, México, Alemania, Israel, Japón y Australia, y el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y México, encierran un mismo propósito: promover la cooperación mutua, incluyendo tanto la cooperación en la aplicación de las leyes de defensa de la competencia, como la cooperación técnica entre las autoridades en materia de competencia y eliminar actividades monopolísticas.

Las relaciones verticales<sup>34</sup> y horizontales también han sido sutilmente diferenciadas en la jurisprudencia de la comunidad europea siguiendo la doctrina de la mayoría de los economistas. En *Remia and Nutricia v. Comisión*, el tribunal dio la razón a la Comisión Europea en cuanto consideró que un acuerdo de venta de un negocio no infringía la Ley de Competencia en cuanto “*La situación posterior al acuerdo debe ser comparada con aquella que hubiera prevalecido antes del mismo.*” Esto es en el caso de que nadie hubiera comprado el negocio sin ninguna protección. Pero ésta debe ser limitada en el tiempo y en el espacio, en la medida necesaria para hacer viable la transacción.

Las restricciones o acuerdos horizontales suelen ser altamente sospechosos de ser anticompetitivos, aunque algunos acuerdos de Joint Ventures han sido ya exceptuados de caer bajo tal aplicación. El derecho comunitario europeo, a diferencia del de los Estados Unidos, admite algunas excepciones en situaciones bajo las cuales los tribunales de los Estados Unidos sostendrían que la competencia no ha sido restringida. La Comisión Europea ha sostenido lo contrario, pero concediendo una excepción de las previstas en el Art. 85.3. de la Ley de Defensa de la Competencia.

No obstante, no puede afirmarse que la jurisprudencia de la Unión Europea haya adoptado la doctrina norteamericana en su totalidad, y se puede decir que sólo en forma excepcional ha aceptado una protección territorial absoluta. La tendencia continental tiende a clasificar en compartimentos claros y distintos algunas conductas, como licencias abiertas o cerradas, acuerdos horizontales o verticales, e impide la flexibilidad que un sistema de protección legal de la libre competencia exige.

<sup>34</sup> AZAR ESPECHE, Félix A, *Defensa de la Competencia*, De Palma, Buenos Aires 2001, p. 39.

Es importante tomar en cuenta que en la doctrina europea no sólo se protege la eficiencia económica, lo que podría conducir quizás a autorizar todo tipo de actos verticales, puesto que es muy fácil demostrar su contribución a la eficiencia y muy difícil determinar cuándo realmente tiene efectos anticompetitivos o de competencia leal “fair competition”, lo que, según algunos autores,<sup>35</sup> incluye la mayoría de las veces a pequeñas medianas empresas que no han hecho grandes inversiones para participar en los beneficios del mercado.

En el caso “Topco v. United States”, una cadena de pequeños supermercados había colaborado, a través de una asociación comercial, a desarrollar la marca “Topco”, y solo un negocio por localidad fue admitido a formar parte de la asociación y usar la marca. La Suprema Corte de USA trató este asunto como un acuerdo horizontal entre supermercados, más que como un

<sup>35</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 1996, Argentina, p. 198. L. Ribó Durán J. Fernández Fernández, Diccionario de Derecho Empresarial, Bosch, Casa Editorial, 1998, Barcelona España, Ps.666,668. Pequeños empresario titulares de una empresa mercantil, que pueden dar precios como consecuencia del equilibrio y la demanda en el mercado. Se considera que expresan el verdadero valor de un bien, ya que todos los participantes en el mercado lo dan por bueno. Si algún demandante lo considera más valioso habría pagado más por él para llevárselo, y si el poseedor de un bien igual considerara que vale menos, vendería el suyo a ese precio. Si el mercado sólo tiene un vendedor, éste hará subir artificialmente el precio mientras haya demanda suficiente. Aparece así el precio de monopolio, que es superior al que se habría producido en un mercado de libre competencia, ya que al no haber competidores que puedan establecer un precio inferior al suyo, el monopolista obtiene un beneficio extraordinario por el simple expediente de limitar la oferta. Por ser pequeñas empresas pueden acordar con otras empresas pequeñas y tomar decisiones de asociarse e incurrir en prácticas concertadas, constituyendo en la modalidad de práctica concertada. Se ha dicho que la práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado a concluir un acuerdo propiamente dicho, establece una cooperación práctica entre dichas empresas, atentando a la libre competencia. Tal cooperación acarrea que el mercado del producto cuestionado se sitúe en unas condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mismo, tomando en cuenta los siguientes factores: naturaleza de los productos, importancia y número de empresas, y volumen y carácter de dicho mercado. Se trate en definitiva, de una forma de entente que puede corresponder a los acuerdos tácitos de empresas.

acuerdo vertical de licencia. De este modo se entendió que tal acuerdo podía promover la competencia, fortaleciendo a los pequeños supermercados frente a los grandes. Pero cabe preguntarse si también no existía la posibilidad de que tal acuerdo sea considerado como de tipo vertical y haberlo admitido de todos modos. Este sería para los Estados Unidos, una “ancillary restriction”, y para la Unión Europea una excepción prevista.

Los acuerdos verticales u horizontales<sup>36</sup> también pueden afectar indirectamente los precios, como sucedió en el caso IFTRA Rules for Producers of Virgen Aluminium, donde la Comisión Europea considera las reglas de la asociación de productores como un acuerdo entre los miembros que la firmaron, restrictivos de la competencia, aunque no había entrado en vigor. Por cierto, el exceso de oferta que existió al comienzo del acuerdo y que llevó a sus miembros a pactar cláusulas como no realizar ventas destructivas por debajo del costo y el intercambio de información acerca de los precios al público, había sido absorbido por un incremento en la demanda tan pronto que las reglas no habrían nunca podido entrar en vigor, pero que los miembros del acuerdo habían retenido como una red de seguridad. La Comisión entendió que tales acuerdos restringían la competencia, a pesar de que las firmas no gozaban de una posición de dominio y que les fueron permitidos ciertos descuentos secretos para obtener sustentabilidad en un nuevo mercado.

<sup>36</sup> TIEDEMANN, Klaus, *La Criminalité d'affaires*, Ensayos de derecho en honor de Javier Piña Palacios, Ed. Porrúa Hnos., México, 1985. Este tema ha recobrado actualidad no solo en el debate académico empresarial, sino también en el periodístico y de consumidores, luego de la orden judicial que obligó a la atomización en siete compañías de la American Telephone and Telegraph de los Estados Unidos

## 6.1 Actos unilaterales y plurilaterales

Son actos unilaterales aquellos realizados por una sola parte, no importa el número de actos necesarios para llevar a su resultado ni el número de personas afectadas (por ejemplo, venta predatoria o cláusulas atadas). Las acciones anticompetitivas plurilaterales, a la inversa que las anteriores, son aquellas que requieren de dos o más personas para su concreción.

## 6.2. Conductas conscientemente paralelas

Respecto a las acciones concertadas o acuerdos, es importante hacer mención a lo que en doctrina se ha dado en llamar conductas conscientemente paralelas.<sup>37</sup> Estas conductas se dan cuando los competidores actúan de modo similar y con los mismos efectos. Es importante destacar que este tipo de conductas no necesariamente deben presuponer una acción concertada o colusoria, sino que pueden ser el resultado de la homogeneidad del producto o de la transparencia del mercado

<sup>37</sup> GALÁN CORONA, Eduardo, Tratado de Derecho de la Competencia, Editorial Bosh, 2005, Barcelona, España, p. 191. Las conductas conscientemente paralelas aparecían recogidas en el Art. 1 de la anterior legislación española como una de las fuentes de donde derivaban las prácticas calificadas como colusorias, las cuales eran prohibidas. La problemática fundamental que las mismas han suscitado se localizan en su significado. Las conductas conscientemente paralelas siempre se han considerado prácticas colusorias, es decir prácticas con objeto o efecto restrictivo de la competencia, surgidas de la colusión, de la concertación entre empresarios u operadores económicos; en dicho concepto no encuadra adecuadamente una figura que, atendiendo estrictamente a su literalidad, permitía considerar incluidas en ella, conductas unilaterales, llevadas a cabo a conciencia de que implicaban un alineamiento con el de otros, pero en las que no se descubre de modo necesario una concertación. Se propugnó una interpretación que las identificaba con las prácticas concertadas, que más que conductas conscientemente paralelas, debería hablarse de conductas concertadamente paralelas. Ello suponía que, junto a conductas empresariales paralelas, no necesariamente coincidentes, había de descubrirse la existencia de un cierto pacto o acuerdo. Por supuesto, el tema se planteaba en la determinación del concierto de voluntades, que naturalmente no tenía que ser un convenio o acuerdo formalizado, pero en todo caso había de estar presente un consenso, una concertación, que es la que explica y motiva el paralelismo de conductas.

(por ejemplo, subida de precios). La sanción estricta o “per se” de este tipo de conductas puede llevar a prohibir un sinnúmero de acciones plenamente competitivas y lograr efectos contrarios a los buscados por la ley, tal es el de beneficiar a la competencia y promoverla.

El principio generalmente aceptado en la doctrina y en la jurisprudencia extranjera es que no pueden existir acuerdos o acciones concertadas en el seno de una misma sociedad o grupo económico.<sup>38</sup> Distinto es cuando esas acciones se realizan en acuerdo (tácito o expreso) con persona ajena a la sociedad o grupo económico. Cabe destacar que al hablar de empresas vinculadas se quiere significar la relación que a cualquier título se otorgue a una empresa vinculante de los derechos políticos necesarios para influir en la decisión de otra. La relación que suele señalarse como ejemplo de esta hipótesis es la existente entre la casa matriz y su filial.

En la legislación europea<sup>39</sup> se ha desarrollado claramente el concepto de “unidad económica” para exceptuar los actos que se desarrollen en el seno de un mismo grupo económico.

<sup>38</sup> RIBO DURAN, LUIS, *Diccionario de Derecho Empresarial*, Barcelona Bosch, Casa Editorial, S.A., define al grupo económico o grupo de empresas como el conjunto de dos o más empresas que se encuentran vinculadas entre sí por una relación de dominio, directa o indirecta, análoga a la que caracteriza a los grupos de sociedades, o bien están dominadas directa o indirectamente por una misma entidad o persona física, incluso en el caso de que este dominio sea ejercido a través de entidades o personas físicas nacionales o extranjeras. Este concepto es más amplio que el del grupo de sociedades, que comprende sólo el caso en que haya una vinculación directa entre las sociedades.

<sup>39</sup> Por ejemplo España, en la Ley de Sociedades Anónimas, artículo 253. Conocida como segregación societaria o como escisión impropia, que consiste en la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima, que se traspasarán en bloque a una o varias sociedades ya existentes o de nueva creación. Toda vez que la sociedad escindida, o de la que se segrega parte del patrimonio, no se extingue, se denomina esta modalidad escisión parcial. La parte del patrimonio social que se divida o segregue deberá formar una unidad anímica, lo que equivale a exigir cierta unidad funcional en los elementos agrupados en la parte a traspasar a cada sociedad beneficiaria. Si lo que se divide o escinde está integrado por una o

## 7. Conductas o actos horizontales

Se les conoce también como acuerdos horizontales,<sup>40</sup> cuya delimitación con la autonomía de la voluntad la encontramos en la violación del interés económico general hecho éste que nos ha llevado a concluir en la inconveniencia e incluso en la imposibilidad de mantener como regla de prohibición “per se” de todos los actos presumiblemente anticompetitivos. Por otro lado, la habilidad y la astucia de los hombres de negocios, ávidos por generar e incrementar sus ganancias de modo permanente, hace imposible agotar en una simple enumeración todos aquellos actos violatorios de la libre competencia.

Debemos considerar también que el afán por tener cada vez más poder en el mercado es de la naturaleza intrínseca de la competencia,<sup>41</sup> con lo cual se refuerza nuestra tesis en cuanto al papel de árbitro, más que de juez, que le corresponde al Estado en esta materia y, al mismo tiempo, el error en que se incurre cuando se pretende interpretar estos actos o conductas con un criterio puramente económico, o al menos preponderantemente económico. La clasificación de este tipo de acuerdos y conductas es una cuestión legal más que económica, sobre todo si recordamos lo que hemos dicho más arriba en cuanto a

---

varias empresas, podrán atribuirse, además, a la sociedad beneficiaria, las deudas contraídas por la empresa.

<sup>40</sup> AZAR ESPECHE, F. A, *Defensa de ...ob. cit.*, p. 36, ha sostenido que hay que tener presente que estos acuerdos no son los contratos de derecho común, sino que se refieren a todo tipo de práctica mediante la cual una parte se obliga a limitar su libertad de acción en relación con la otra, pudiendo existir un compromiso éticamente establecido, aun no escrito; pero deberá analizarse si el referido acuerdo contiene los dos parámetros necesarios que son: el acuerdo concertado entre empresas y si este acuerdo es susceptible de distorsionar la competencia dentro de determinado mercado.

<sup>41</sup> BELLAMY, C, - CHILD, G, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992, p. 507. Sostiene que la lucha diaria y constante de los empresarios es conseguir una posición de fuerza económica de la cual se vale para obtener facultades que impiden el mantenimiento de una competencia efectiva en un mercado relevante.

que el interés económico general está más cerca del concepto de bien común que el de eficiencia económica.

Las sociedades y los acuerdos que rodean a comerciantes y hombres de negocios pueden tener variadas funciones y múltiples objetivos, muchos de los cuales serán legítimos, como pueden serlo el intercambio de información para mejorar aspectos comerciales, de distribución o tecnológicos o bien para representar mejor sus intereses ante el Gobierno. Otros, en cambio, serán violatorios, como son los acuerdos de precios, la división de mercados o los boicots para excluir a competidores. En la medida en que tales acuerdos, o sus efectos no sean, aparente y efectivamente, restringir o limitar la competencia, éstos quedarán sujetos al test de la razonabilidad.

### 7.1. Acuerdo de precio

Este es el acto más paradigmáticamente anticompetitivo y sancionado por la mayoría de las leyes antimonopólicas, puesto que los precios constituyen el elemento central y esencial de los mercados.

Es importante destacar que la fijación unilateral de precios no es anticompetitiva, sino cuando forma parte de una maniobra para debilitar o destruir la competencia en el mercado. Pero para ello, previamente, será necesario determinar la posición dominante.

La fijación de los precios puede hacerse de modo directo o indirecto. A modo de ejemplo, enumeraremos algunos casos:<sup>42</sup>

- a) Acuerdos que fijan precios de venta y reventa y limitan determinados descuentos.

<sup>42</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G, *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*, 1983, Heliasta, Buenos Aires, pp. 660 y ss. Este autor tiene una visión más completa sobre el origen, la evolución y la doctrina de la libre competencia, y se ha considerado un clásico en la materia y ha sido el eje central de muchos trabajos.

- b) Acuerdos destinados a evitar ventas por debajo del costo, descuentos no relacionados con los costos, y el cobro de precios distintos de los publicados.
- c) Sistemas de precios recomendados por una organización empresarial.
- d) Acuerdos entre los miembros de una asociación empresarial para imponer determinados precios sobre los distribuidores (combinación de acto vertical y horizontal).
- e) Mecanismos destinados a compensar a determinados productores en caso de que vendieran fuera de su mercado local a precios distintos de los vigentes en éste.
- f) Convenios destinados a fijar un mecanismo uniforme de cálculo de precios, particularmente en relación con el punto geográfico a utilizarse como base de tal cálculo.
- g) Acuerdos dirigidos a determinar precios mínimos o máximos (contrariamente a lo que suele creerse, la fijación de precios máximos, que aparentemente beneficia a los consumidores, puede muchas veces afectar negativamente al mercado en el mediano y el largo plazos).
- h) Acuerdos destinados a limitar la fluctuación de los precios respecto de ciertos parámetros fijados a tales efectos.
- i) Acuerdos destinados a compensar a las empresas participantes en función de las políticas de precios que adopten.

En el caso particular de los precios máximos, un argumento generalmente utilizado para justificar los acuerdos de precios es la guerra de precios (especialmente en los sectores donde los costos fijos son muy altos), por lo cual puede llegarse a la desaparición de determinadas empresas. Si ello ocurre, sin embargo, es porque existía un excedente de capacidad productiva y, en consecuencia, conviene que ésta desaparezca para aprovechar tal capacidad excedente y, de este modo, los precios

podrán disminuir. En el caso inverso, puede darse el caso de que el acuerdo pretenda mantener niveles mínimos de inversión. Esto implica que el sector se halla sobredimensionado y que debe desincentivarse su incremento.<sup>43</sup>

En La Corte Suprema de los Estados Unidos fue resuelto como primer caso en esta materia, el ventilado entre *United States v. Transmissouri Freight Assn*, el cual se trató de resolver una fratricida guerra de precios generada entre empresas de transporte por ferrocarriles que controlaban el tráfico oeste hacia Mississipi. Tales empresas crearon una asociación para fijar los precios que cobrarían todos sus participantes, la cual fue demandada por el Gobierno. Llegado el caso a La Corte del Distrito, ésta sostuvo que tal asociación restringía el libre comercio y violaba, en consecuencia, el artículo 1 de la Ley Sherman, desde que su actividad estaba regulada por la Interstate “Commerce Act” (Ley de Comercio Interestatal) y, además, los precios acordados eran razonables, según las leyes del “common law.” La Corte del distrito acogió esas razones, pero la Corte Suprema, en fallo dividido, sostuvo que los transportistas de ferrocarril no estaban exentos de la Ley Sherman y que era innecesario considerar si los precios acordados eran razonables según el “common law”, y agregó que la Sherman Act condena todo acuerdo que restringe el comercio, no solamente los irrazonables.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> BARONA VILAR, S., *Competencia desleal (normas procesales en la Ley 31/1991, de 10 de enero, de competencia desleal)*, Valencia, España, 1991. GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Madrid 1964; GOMEZ SEGADE, J.A., *La Regulación de la Libre Competencia en la CEE*, ADI, 1978, p. 67 y ss.

<sup>44</sup> CARBAJALES, M., *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Buenos Aires Ad - Hoc, Vilella Editor, 1995p.103 y ss. Sostiene que la Sherman Act restringe las indebidas restricciones al comercio, enfatizando el estándar de razonabilidad, el cual implica un riguroso y objetivo análisis de las circunstancias y condiciones concretas del caso así como sus propósitos. En todos los casos, la realidad debe predominar sobre los juicios, mero acuerdo entre las partes; el mero acuerdo entre las partes por el que se elimina la competencia no es suficiente como para que deba ser por sí condenado.

## 7.2. Organizaciones de ventas conjuntas

Las organizaciones de ventas conjuntas han sido una de las más típicas formas de cartelización. Los miembros abandonaban sus propias políticas de precios y mercado, y sólo podían vender a través de la organización. Esto evitaba la competencia y la disminución de los precios. Si alguien vendía por el precio acordado, la organización le pagaba la diferencia para mantener tal precio, incluyendo unas ganancias razonables.

En estos tipos de actos, a diferencia de los acuerdos de precios,<sup>45</sup> siempre es necesario analizar cada una de las prácticas en particular y analizar el mercado en el que operan, pues muchas veces pueden ser beneficiosas al interés económico general (por ejemplo una estandarización y homogenización de un producto que haga más transparente al mercado o un acuerdo de investigación y desarrollo conjunto entre empresas que por sus elevados costos no hubiera sido posible llevar a cabo individualmente). Algunos límites que pueden llegar a imponer estas conductas son los siguientes:

- a) Limitación o control del desarrollo técnico.
- b) Limitación o control de las inversiones.
- c) Limitación o control de la producción.
- d) Limitación o control de la distribución.
- e) Control o limitación de la comercialización.

Estas prácticas no son necesariamente anticompetitivas. Más aún, es normal en muchas actividades comerciales y contribuye a la eficiencia económica, pues nada indica que sea más beneficioso al interés económico general mantener muchas y diversas cadenas de distribución para un mismo producto. Por

<sup>45</sup> AZAR ESPECHE, F. A, *Defensa de...* ob. cit. p. 37, sostiene que los acuerdos de precios infringen las reglas de la sana competencia, todo acuerdo entre los suministradores para fijar precios por medio de una práctica concertada con el fin de restringir la competencia, relacionados con bienes y servicios, así como al intercambio de información, sin considerar la evolución tecnológica.

el contrario, tal situación podría encarecer la circulación de mercaderías, pues cada empresa debería establecer su propia cadena de distribución y, en consecuencia, elevar sus costos y sus precios. Dicha limitación, sin embargo, corre el riesgo de afectar negativamente a la competencia si la oferta está controlada por una o dos empresas.<sup>46</sup>

Estas conductas son distintas de aquellas que pretenden establecer condiciones de ventas o comercialización. Cuando se habla de controlar se hace referencia a conductas mediante las cuales un conjunto de competidores, sin establecer condiciones de venta o comercialización, cuenta con la facultad de dirigir estas actividades como resultado de su acción concertada.<sup>47</sup> Uno de los supuestos no comprendidos en este tipo de conductas es el relativo a la publicidad por competidores de un producto, al igual que en la distribución, puede contribuir al interés económico general, pues ayuda a bajar los costos.

## **8. Actos anticompetitivos que establecen las condiciones de venta y comercialización**

Los vocablos “venta” y “comercialización”, utilizados por ley, son amplios y no excluyen otro tipo de operaciones como alquiler, locación de obras y servicios, y todas las conductas y operaciones económicas que se realizan en el proceso de producción de un bien o servicio hasta llegar al consumidor final.

<sup>46</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., “Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas”, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 126, septiembre, 1997.

<sup>47</sup> “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 205, enero-febrero 2000<sup>a</sup> “Modificaciones que la Ley 52/19999 introduce en el régimen de conductas prohibidas de la Ley 16/ 1989, de “Defensa de la Competencia”, en J. M. BENEYTO YJ. Mailló, “El nuevo Derecho Comunitario y Español de la competencia”, Bosch, Barcelona 2002.

Entre las principales conductas que pudieran considerarse como tales, tenemos las siguientes:

- a) Unificación de condiciones de contratación. Dentro de estas pueden encontrarse las exigencias de garantías mínimas, exenciones de responsabilidad y otras. Este tipo de conductas guarda cierta similitud con la fijación de precios, ya que se trata de que dos o más partes, aprovechando una acción concertada y su poder de negociación impongan condiciones contractuales que las contrapartes no pueden rechazar so pena de quedar excluidos del mercado. Estos actos pueden resultar justificados solo en el caso donde se demuestre una situación de especial complejidad de la oferta y que afecte al sector involucrado de modo que requiera de la unificación aludida a efecto de permitir una cierta homogenización de tales ofertas (mercado financiero, contratos de préstamo para la vivienda y otras operaciones bancarias, legislación de proyección a los consumidores).
- b) Fijación de cantidades mínimas. En estos casos pueden existir motivos individuales para adoptar tal conducta, como por ejemplo que la empresa en cuestión considere que no le conviene vender por debajo de determinadas cantidades por la estructura de sus costos, con lo cual optaría por retirarse del mercado, lo que es una consecuencia natural de la competencia; difícilmente puede justificarse una acción concertada entre competidores en este sentido que no sea perniciosa para el interés económico general.
- c) Fijación de descuentos. La fijación de descuentos suele justificarse en los diferentes tipos de costos de las empresas, y es una cuestión de política comercial, pero siempre serán motivos individuales los que lleven a este

tipo de conductas, y no requieren de ningún tipo de acción concertada con los competidores. Al igual que la conducta anterior, de darse estos últimos, la presunción sería más bien que tales acuerdos persigan objetivos anticompetitivos, por ejemplo evitar condiciones más ventajosas de competidores. Es importante destacar que aquellos descuentos que no hallen justificación económica podrían encuadrar en otra conducta anticompetitiva que no requiera de una acción concertada, como la discriminación de precios.

- d) Certificados de calidad, aprobación y otros similares. La emisión de certificados de calidad por parte de ciertas empresas a determinados productos son lícitos en la medida en que no encubran una acción anticompetitiva, como es la de evitar el ingreso de competidores al mercado.
- e) Ferias y exposiciones. Este tipo de prácticas se ha extendido mucho en el continente viejo, y serán lícitas en la medida en que persigan una mayor transparencia del mercado y un mejor y más fácil acceso de los demandantes y los oferentes. Deberá tomarse en cuenta que por medio de estas ferias y exposiciones no se impida con trabas encubiertas (arbitrarias o burocráticas) el acceso de competidores y que realmente encuentren una justificación económica.
- f) Cláusulas de no competencia. Este tipo de cláusulas pueden incluirse en determinados contratos limitando a una de las partes a competir en determinado territorio, respecto de un producto o en zonas delimitadas. Estas limitaciones, muchas veces no sólo no limitan sino que son necesarias para algunas operaciones esenciales del sistema productivo. Ejemplo de este tipo de cláusulas pueden ser aquellas que impiden al empleado de una

empresa competir con el empleador durante un determinado tiempo inmediatamente después de finalizada la relación laboral entre ellos (con lo que se procura que el empleado no utilice los conocimientos obtenidos en la empresa contra ella misma).

De la jurisprudencia española se pueden deducir algunos criterios para determinar cuándo este tipo de cláusulas serían anticompetitivas:

1. Cuando no sean necesarias para proteger los intereses legítimos de las personas en cuyo beneficio se conviene.
2. Cuando se imponga una carga excesiva sobre la persona cuyas actividades se restringen.
3. Cuando tiendan a controlar los precios o a limitar artificialmente la producción.

Cuando tiendan a restringir irrazonablemente la disponibilidad o uso de un bien.

Por otro lado, las cláusulas de no competencia serán lícitas en la medida en que protejan relaciones de confidencialidad surgidas de la delación contractual, o cuando tiendan a promover el flujo de conocimientos técnicos, beneficiosos para el interés económico general.

4. Obstaculizar el acceso al mercado.<sup>48</sup> Este tipo de actos suele manifestarse a través de los llamados precios predatorios (bajo el costo de producción o excesivamente bajos) para destruir la competencia o impedir su acceso al mercado.

<sup>48</sup> PEREZ BUSTAMANTE, J. Y SUAREZ FERNANDEZ, P., La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas B2B Gaceta Jurídica No. 214, julio-agosto 2001. Es necesario determinar a cuál de los mercados estamos haciendo referencia, ya que hay pautas específicas para la definición de mercados en el contexto de los acuerdos; en definitiva, en casos de mejoras sustanciales, los antiguos y los nuevos productos no pertenecen al mismo mercado de referencia; el mercado de productos existentes podría verse afectado si la cooperación posibilita la coordinación en dicho mercado y las partes tienen poder tanto en el mercado existente como el mercado nuevo.

Para que esto sea viable es necesario gozar de cierta posición de dominio en el mercado en cuestión.

Otro tipo de conductas que reflejan una obstaculización de acceso al mercado está dada por prácticas comerciales excluyentes ajenas a los precios, como las exigencias de que los anunciantes de determinada localidad se abstuvieran de operar con una emisora radial como condición de admitir su publicación en cierto diario (que goza de un monopolio en el lugar), la realización de campañas publicitarias cuyo costo excede de lo necesario para una colocación provechosa de los productos promocionados o la venta de determinados insumos a precios injustificadamente altos con el propósito de impedir el acceso de una empresa competidora en el mercado.

Algunos actos que obstaculicen el mercado pueden ser los siguientes:

- a) Venta por debajo de los costos (precios predatorios).

Para quedar comprendidos en el tipo de conductas analizadas, la venta debajo del costo ha de ser analizada con mucho cuidado, pues la disminución de los precios puede ser una consecuencia natural de la competencia. Determinar cuándo este tipo de actos es anticompetitivo, es de difícil determinación cuando las diferentes legislaciones no contemplan los parámetros definidos.

La doctrina<sup>49</sup> ha elaborado complejas teorías para la determinación de los precios predatorios sobre la base de cálculos de costo medios y costos marginales que exceden a nuestro entendimiento. No obstante, se pueden enumerar algunos de los parámetros importantes a considerar, a fin de determinar las conductas predatorias:

<sup>49</sup> ALONSO SOTO, R., Curso de Derecho Mercantil, Capítulos 13 a 15, Tomo I (coord. Uría Menéndez), Civitas, Madrid, 1999; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Apuntes de Derecho Mercantil. 4.ª Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003, Capítulo VI.

1. Debe analizarse, la estructura del mercado a efecto de que si éste admite acciones predatorias que puedan tener éxito.
2. Debe determinarse si los precios se encuentran por debajo de los costos medios totales.
3. Ha de observarse si existen uno o más competidores actuales o potenciales cuya concurrencia sea susceptible de resultar afectada por la conducta analizada.
4. Debe considerarse si ha existido variaciones de precios de parte de la empresa cuya conducta se evalúa y en su relación con la exclusión de competidores.
5. Debe determinarse en qué medida existen razones legítimas para la disminución de precios cuya naturaleza se busca determinar.

No debemos olvidar que el éxito de quien conspira con precios predatorios, depende de la futura caída de los precios de mercado para todos los compradores del producto. Existen también algunos pocos bienes a precios artificialmente bajos para satisfacer la demanda; las eventuales víctimas de la conspiración pueden continuar vendiendo los suyos a precio real de mercado y los conspiradores sufrirían pérdidas por un vano propósito. Si en algún lugar pueden tener lugar los precios predatorios, es precisamente allí donde existen perspectivas de obtener jugosas ganancias como fruto de la situación monopólica.<sup>50</sup>

Respecto a este tema, en la Comisión de Fusiones y Monopolios de Gran Bretaña se ventiló un caso de la empresa Concrete Roofing Tiles, en el que aceptó que la firma dominante

<sup>50</sup> ODRIÓZOLA, M., IRISSARRY B., Y BARRANTES B., Tratado de derecho de la competencia, Editorial Bosch, S.A., 2005, Barcelona, España, Los acuerdos de fijación de precios constituyen una de las infracciones más graves y evidentes a la libre competencia, y suele considerarse en las distintas legislaciones como una restricción a la competencia por su objeto, que en raras ocasiones son susceptibles de exención.

no vendió por debajo del promedio de los costos variables, ya que sus descuentos más significativos no estaban claramente por debajo de los costos totales de la planta a su máximo nivel de utilización, y concluyó que *“los proveedores establecidos son capaces de contener la entrada de nuevos competidores en el mercado acompañados de una competencia a través de los precios relativamente bajos con relación a sus costos a través de descuentos selectivos. Esta conducta podría ser utilizada por quienes están en una posición de dominio como una efectiva barreras de entrada y contraria al interés en general.”*

## 9. Dumping depredatorio

A diferencia de las ventas por debajo de costos, el dumping supone unas operaciones de importación y exportación, y se vincula con los precios vigentes fuera del país para el mismo.

### 9.1. Negativa a satisfacer pedidos

La negativa a satisfacer pedidos como consecuencia de una acción concertada será prohibida per se, en la medida en que esté dirigida contra los competidores, y no cuando se deba a otros motivos (políticos, religiosos, personales). Si bien este tipo de actos puede obedecer a diversas y legítimas razones cuando se hacen en forma individual, difícilmente puedan justificarse cuando son fruto de una acción concertada.<sup>51</sup> Los casos más frecuentes que han encuadrado en este tipo de actos en Argentina son aquéllos donde la negativa a satisfacer pedidos se impone como modo de sanción a aquellos minoristas que

<sup>51</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El dumping, legislación argentina y derecho comparado*, Buenos Aires, Argentina, Heliasta, 1981, p.110, sostiene que para encuadrar en este tipo de conductas, sancionadas por la ley argentina, es necesario que la negativa se dirija a pedidos concretos y que no esté justificada por los usos y costumbres comerciales del producto en cuestión y por las condiciones vigentes del mercado.

no han cumplido con las condiciones establecidas por los productores, relativas a la comercialización del producto. Otras veces, estas negativas responden a exigencias impuestas por asociaciones de empresas o cámaras empresarias con relación a las condiciones en que debe comercializarse el producto en cuestión.

En estos casos debe considerarse si tales limitaciones responden o no al interés económico general (la jurisprudencia de aquél país se ha manifestado exigiendo que tales limitaciones se justifiquen en pautas objetivas y razonables).

## **9.2 Discriminación de precios**

La discriminación de precios sólo es tal si no responde a diferencias subyacentes en los costos de las operaciones que se comparan, y será ilícita en la medida en que no responda a los usos y costumbres comerciales. Para determinar si existe o no discriminación de precios es necesario considerar diferentes facetas como la comparación de precios en el mismo nivel del proceso de comercialización. Esto es, al momento de llegar al vendedor del producto (no al comprador). Es decir que si el precio que pagan los compradores es igual, pero existen diferencias en el precio neto recibido por el vendedor, habrá entonces discriminación de precios.

## **10. Conductas o actos verticales**

Ya hemos explicado someramente que los actos verticales son aquellos que se dan entre empresas que no compiten entre sí, sino que se encuentran en distintos niveles del proceso de producción (productor-distribuidor).

Acuerdos verticales son aquellos celebrados entre dos o más empresas situadas en diferentes fases o niveles de la cadena de producción o comercialización y que tienen por fina-

lidad llevar a cabo la distribución de un producto o servicio;<sup>52</sup> por tanto, estos acuerdos se celebran entre operadores económicos que raras veces entran en una competencia directa, porque su actividad característica se desarrolla en niveles diferentes del mismo proceso productivo. Desde esta perspectiva es evidente que dentro de tales acuerdos verticales podrían encajar sin mayor problema los denominados contratos de distribución. Y como veremos, también pueden encajar los contratos de agencia.

Los acuerdos verticales responden generalmente al deseo de los productores o distribuidores de controlar el comportamiento económico de aquellas empresas que operan en un peldaño inferior en la cadena de distribución, es decir más cerca del consumidor final. Dicho control puede dar lugar a restricciones a la libre competencia, en este caso entraría a formar parte de la categoría de los acuerdos verticales al que nos referiremos adelante.

Un típico ejemplo de industria verticalmente integrada se puede observar en la industria del petróleo. Allí, por ejemplo, quien produce también refina, y es quien distribuye al público a través de contratos de licencia con las estaciones de servicio.

Los motivos o razones que pueden llevar a una firma a integrarse con otras, pueden ser varios, pero generalmente se traducen en reducir costos y ganar en eficiencia.

Los actos verticales pueden ser clasificados en dos categorías: a) los que restringen la distribución de un producto; y b) aquellos actos que excluyen o cierran la posibilidad de ingreso de nuevos competidores; ejemplos de los primeros son los acuerdos verticales de fijación de precios, y de los segundos

<sup>52</sup> Vid. NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P - SEABRICHT, P., "Trawling for Minnows, Euoperan Competition Policy an Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research", Londres, 1998, pág. 17 y ALONSO SOTO, R., Distribución comercial y Derecho de la competencia, D.C., nº. 12, 1993, pág. 33.

son las llamadas cláusulas atadas, por las cuales el comprador de un producto es obligado por su vendedor (con poder monopólico) a comprar otro producto o a adquirir otras prestaciones que no guardan relación con el producto vendido.

Para que exista fijación vertical de precios es necesario que se realice a través de una acción concertada entre productor y distribuidor y que perjudique el interés económico general, ya que existen determinados actos que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado, en los cuales, a pesar de existir una fijación vertical de precios, éstos se hallan justificados por diversas razones; sin embargo, nosotros creemos que dichos argumentos no son suficientes para justificar las consecuencias negativas al interés económico general.

En la doctrina norteamericana, a partir de los años 80 y bajo la influencia neoliberal de la llamada Escuela de Chicago,<sup>53</sup> este tipo de acuerdos fue visto favorablemente al punto de afirmar que dichos acuerdos no merecían su tratamiento bajo la legislación Antitrust. Se los comenzó a ver como una simple forma de competir, bajo la privación de la autonomía de la voluntad. Si en el mercado relevante existe una efectiva “interbrand competition”, es el propio mercado el que sancionará al fabricante por

<sup>53</sup> ROBLES, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Madrid, La Ley, 2001. p. 82, se refiere a la influencia del análisis económico del Derecho de la Escuela de Chicago y dice que la corriente existente en Estados Unidos en los años sesenta, y que ganó ascendencia tras la crisis económica de 1973, coincidiendo con la tradición clásica del liberalismo representada en mayor medida por la Escuela de Viena, en cuanto a su confianza en el mercado, se traduce en una defensa de la desregulación que, asociada a un proceso de privatización de las empresas públicas, de abandono por el Estado del papel de empresario, siendo asumida paulatinamente por el legislador, se convierte en signo de nuestro tiempo, mientras que para la tradición clásica el Derecho debe limitarse a crear las condiciones para la existencia del mercado, sin intervenir en su funcionamiento; en cambio para la Escuela de Chicago esta intervención es necesaria cuando no existen las condiciones para que el mercado funcione correctamente. Para la Escuela de Chicago el Derecho tiene un fin muy preciso: la consecución de la eficiencia económica; tanto el legislador al aprobar una norma, como el juez al aplicarla, deben adoptar la solución que maximice la eficiencia con exclusión de cualquier otro fin.

sus precios altos respecto de sus competidores. Lo único que debe perseguir la legislación Antitrust, a la luz de esta doctrina, son los carteles y monopolios, los cuales implican una situación excepcional de producción homogénea y acuerdo entre los fabricantes.

Con el objeto de conciliar la aplicación de la Sherman Act a este tipo de acuerdos la jurisprudencia ha variado su aplicación tradicional de la “rule of reason”, la cual no parecía suficiente y parece haber optado por otorgar a los acuerdos de distribución restringida una presunción “iuris tantum” de legalidad, la cual se rompe si: 1) existe por parte de la empresa franquiciante cierto poder de mercado; y 2) no existe competencia efectiva entre los sistemas de distribución en el mercado definido como relevante.

## **11. La distribución a través de agentes. La agencia como mecanismo de integración vertical**

Tal como acabamos de expresar los acuerdos de agencia han de ubicarse en el marco de la distribución comercial.<sup>54</sup> El agente colabora como el empresario principal de una forma estable en la difusión de sus productos o, incluso, de sus servicios en el mercado; es un eslabón de la cadena de distribución.<sup>55</sup> Por tanto, el contrato de agencia ha de encuadrarse desde un punto de vista sustantivo, entre los llamados contratos de distribución.

<sup>54</sup> SANCHEZ GUZMAN, J.R., Marketing, *Conceptos básicos y consideraciones fundamentales*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995, pag. 326. Dice que la distribución puede ser vista, en su expresión más gráfica, como el puente que, salvando múltiples distancias, comunica dos mundos separados: producción y consumo.

<sup>55</sup> Vid. BALDI, R., *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, (traducción de Luis Azzadi y J. Leal), Edersa, Madrid, 1998, pág. 17, señala que la figura del agente responde a una clara exigencia de carácter económico, que permite al empresario principal intentar, sin riesgo, y efectuar la penetración capilar en zonas donde está introducido y donde la organización de ventas a través de dependientes concretos resultaría demasiado onerosa.

El concepto de distribución, utilizado al principio por los economistas para designar la actividad de colocar el producto en el mercado, ha pasado a emplearse también en un sentido jurídico, como calificativo para identificar una modalidad de contratos: los de distribución.<sup>56</sup>

La distribución comercial que se encomienda al agente, así como a otros intermediarios, se materializa, desde un punto de vista económico, en la existencia de canales de distribución, entendiéndose por canal de distribución “*el conjunto de organizaciones interdependientes que intervienen en el proceso de distribución de los productos, desde el fabricante o productor hasta el consumidor*”, los cuales se articulan en dos dimensiones: una vertical y otra horizontal. A nosotros nos interesa la dimensión vertical de la función comercial por ser esta donde se ubican los intermediarios comerciales.<sup>57</sup> En concreto, el agente es un intermediario especialmente idóneo para formar parte de los denominados canales directos de distribución<sup>58</sup>, ya que en la medida en que se promueve o, en su caso, concluye, actos y operaciones de comercio por cuenta y en nombre ajenos, será el empresario quien firme el contrato con el consumidor o con

<sup>56</sup> Vid GALGANO, F., 2Introduzione, en I contratti Della distribuzione commerciale”, *ed Egea*, Milano, 1993, pág.3, Estos contratos constituyen un logro sofisticado en la organización del sistema de distribución, persiguen una optimización de costes y una mayor eficacia de las funciones singulares implicadas en todo proceso de producción.

<sup>57</sup> Vid PILOTTI, L. y RULLANI E, L.,”evoluzione delle funzioni commerciali e l’innovazione nelle forme distributive possibili scenari per l’impresa commerciale”, pág., 619 y 620, sostiene que entre productor y consumidor final se instaura una serie de canales verticales, más o menos distintos entre sí, mientras que el canal horizontal regula el funcionamiento interno de los diversos canales y la relación entre canales concurrentes.

<sup>58</sup> Vid. BALDASSARI, A., I 2 contratti di distribuzione2, págs. 1 y 2. Los canales se clasifican en directos e indirectos, según se produzca una transferencia inmediata de bienes del productor al consumidor final, decimos que es canal directo; o bien si los bienes llegan al consumidor a través de sucesivas fases en las que intervienen diversos sujetos, decimos que es canal indirecto. Concretamente, en el canal directo ningún intermediario adquiere la propiedad de los bienes entre el productor y el consumidor final, mientras que en el canal indirecto uno o más intermediarios adquieren la propiedad de los bienes.

otro miembro del canal, de modo que el agente no adquirirá la propiedad de los bienes, pues ni siquiera actúa en nombre propio. El agente soporta el riesgo de no encontrar clientes y el de no ver aceptado por el principal los negocios propuestos; pero no asume el riesgo mayor de la distribución, que es el de no conseguir vender las mercancías. Esto no obsta como para que el agente pueda formar parte de un canal que en su conjunto ha de ser calificado de indirecto, por más que la fase en la que se encuentra el agente, seguirá siendo directa.

Para reconocer la estructura de un canal será de vital importancia también tomar en cuenta las relaciones de control existentes entre sus miembros. Estas relaciones son las que determinan el grado de integración del mismo. Se habla de integración cuando algún miembro del canal establece algún mecanismo de control sobre otro miembro.<sup>59</sup> En el ámbito de los canales de distribución, revisten especial importancia los procesos de integración vertical,<sup>60</sup> porque afectan sustancialmente la estructura del canal, al modificar las relaciones entre los distintos niveles del mismo. En efecto la lógica de los canales de distribución lleva a que, con frecuencia, un miembro de un canal proceda a integrar la fase siguiente del mismo, tal como pudiera suceder en el caso de un productor que incorpora en su estructura las funciones de un mayorista, produciéndose así una integración vertical de siguiente etapa.

De entre los diversos mecanismos a través de los cuales se establece el control en una integración vertical, podemos distinguir los siguientes tipos de integración: a) integración formal,

<sup>59</sup> SANTINI, G., *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, traducción de Juana Bignozzi, ed. Ariel, Barcelona, 1998, pps. 75 y ss, diferencia entre integración horizontal o integración vertical, en función de que las relaciones de control se establezcan sobre miembros del mismo nivel o sobre miembros de distintos niveles.

<sup>60</sup> Vid. PARDOLESI, R., I "Contratti di distribuzione", pág. 3, considera que los contratos de distribución se traducen, sobre el plano jurídico, en la idea de la integración vertical del contrato.

que implica una relación de propiedad, que se puede producir a través de dos vías: creación de una organización nueva en otro nivel del canal o adquisición de una en funcionamiento; b) integración administrada, en la que el poder o liderazgo que ostenta algún miembro del canal, lo faculta para establecer mecanismos de control sobre otros miembros; y c) integración contractual o cuasi formal; la figura del agente, la del concesionario o el franquiciado encaja en la llamada integración contractual o cuasi formal, ya que si bien este es jurídicamente independiente, en forma total, del empresario principal, mantiene con él una estrecha colaboración, de tal forma que el principal controla las funciones distributivas que realiza el agente, sin que le suponga ataduras de dependencia con él, ni tampoco un coste añadido al de producción, ya que el agente asume el riesgo de su propia empresa y sólo percibirá retribución en la medida en que haya obtenido un resultado.<sup>61</sup> El control ejercido sobre el agente variará en función de cada caso concreto, del mismo modo que varía la dependencia económica que el agente pueda tener en relación con el principal. Sin embargo, al margen de la dependencia menor o mayor que pueda existir entre el productor y el agente, lo que nunca se producirá en este tipo de integración es una dependencia jurídica, ya que el agente jurídicamente es independiente del empresario principal.

## **12. Cláusulas frecuentes en el contrato de agencia con relevancia concurrencial**

El contrato de agencia guarda una estrecha relación con el Derecho de la competencia, tal como acabamos de señalar.

<sup>61</sup> Vid SANTINI, G., "El comercio", pp., 83 y 84, señala que la utilización del agente representa un modo bastante frecuente de distribución en algunos sectores de mercancías y supone un ahorro de costos para la empresa productora; pero no logra alejar de la empresa misma el riesgo representado por la venta directa, aunque se realice con representantes o mandantes que actúen por tanto, a riesgo de las mismas.

Muchas de las cláusulas contenidas en este contrato deben ser analizadas y valoradas desde la perspectiva del Derecho antitrust, toda vez que pueda suponer restricciones verticales de la misma. Buena parte de los acuerdos que conforman el contenido contractual de esta figura, como por ejemplo las cláusulas de exclusiva, de prohibición de competencia, etc. El Tribunal de la Comunidad Europea, TCE, considera en principio que este tipo de acuerdos pueden incluirse en los supuestos que configuran el Art. 81.1 TCE. Sin embargo, este tipo de cláusulas dentro del marco de este contrato (Agencia), son objeto de tratamiento jurídico diferente al que reciben en otros contratos de distribución, pues se considera que quedan al margen del Derecho de la Competencia.

No obstante, la interpretación pudiera complicarse si se parte de que el contrato de agencia es, en buena medida, funcionalmente análogo respecto de otras modalidades de distribución, como puede ser el contrato de concesión. Por ello se ha sostenido que a no ser que se aduzca una adecuada justificación para la diversidad de tratamiento, se corre el riesgo de dejar a los productores en una especie de inmunidad o impunidad concurrencial mediante el simple cambio del tipo de figura contractual empleada en la distribución.<sup>62</sup>

Para la legislación salvadoreña se entiende por agente representante o distribuidor, la persona natural o jurídica que, en forma continua, con o sin representación legal y mediante contrato, ha sido designada por un principal para la agencia-representación o distribución de determinados productos o servicios en el país. Establece además la legislación en el

<sup>62</sup> MARTINEZ SANZ, F., "Los acuerdos de agencia y el derecho de la competencia" en RDM, no 219, 1996, pp., 36 a 38. Vid además sobre el tema SOLER MASOTA, "Cuadernos de Derecho y de Comercio", en RGD, no 608, 1995, pp. 5325 y 5337, advierten sobre la posibilidad de que la elección a favor del agente y en detrimento de otros distribuidores pueda verse determinada por el tratamiento antitrust privilegiado del que disfruta el agente.

Art. 489 C. Com., que “*Son válidos los pactos que restrinjan la actividad mercantil de un comerciante respecto a una plaza o región o a una determinada especie de comercio, siempre que su duración no sea superior a diez años y que no se contrarie ninguna garantía constitucional.*” Situación que nos llama la atención, ya que la Constitución en su Art. 102 garantiza la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social, lo que en determinado momento podría ser vulnerado con los contratos de agencia.

Examinaremos aquellos acuerdos entre principal y agente, que por sus características podrían merecer la calificación de potencialmente restrictivos de la competencia.

### **12.1. Acuerdos relativos a precios y condiciones comerciales**

Una de las instrucciones que suele contenerse en las cláusulas de los contratos de agencia es la imposición de los precios de venta y otras condiciones comerciales, a las que el agente ha de ofertar o, en su caso, contratar el servicio o producto del empresario principal.<sup>63</sup>

No obstante que los carteles de fijación de precios constituyen el prototipo histórico de prácticas colusorias, la fijación de los mismos en un contrato de agencia no se considera, en principio, contraria a las normas de defensa de la competencia, porque los actos u operaciones de comercio que promueve o concluye el agente, son realizados en nombre y por cuenta del empresario principal. Por tanto, desde un punto de vista

<sup>63</sup> Ley 12/1992, Art. 9.2, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia, España, tienen cobertura dentro del derecho del principal a impartir instrucciones razonables, que el agente debe acatar, siempre y cuando no afecten a su independencia. Estas instrucciones pueden impartirse bien sea en el momento de concluir el contrato, con la posibilidad de que puedan variarse a voluntad del principal, o bien con posterioridad, remitiéndose a precios de catálogo, que podrán variar, según las distintas entregas de mercancías.

económico, no se considera que haya dualidad de partes en el mercado, ni por ende, efectos limitativos de la competencia. Al no adquirir el agente la propiedad de los productos, será el empresario principal el que fije el precio y las demás condiciones comerciales del producto, lo cual no obsta a que recurra, para ello, a los conocimientos e información que sobre el mercado le puede proporcionar el agente. En definitiva, las instrucciones relativas a precios u otras condiciones referentes a las ventas o a la intermediación, contenidos en los acuerdos de agencia, tienen efectos antitrust neutrales, pues son parte del contenido del negocio que el agente promociona o concluye por cuanta de su principal, y supuestamente no afectan al mercado donde se prestan los servicios de intermediación.<sup>64</sup>

Especial interés en relación con este tema tienen los supuestos en los que el agente asume la obligación de alcanzar un mínimo de resultados, es decir la cláusula de objetivos mínimos; este tipo de acuerdos se fijan en función de una unidad determinada de tiempo, a lo largo de la cual se ha de conseguir

<sup>64</sup> Vid FERNANDEZ DE CORDOBA, S., “La licitud antitrust de los acuerdos de distribución selectiva, comentario a la decisión de la comisión de 16 de diciembre de 1991, caso de “Yves Saint Laurent Parfums” en RGD NO. 576, 1992. La comisión cambió en parte su política sobre las cláusulas de fijación de precios en acuerdos verticales, prohibiendo únicamente la fijación de los precios mínimos o fijos de reventa que el comprador de los bienes ha de aplicar a sus clientes. Sin embargo, permitió los acuerdos verticales destinados a fijar precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan, o mejor dicho no encubran un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. Muchos autores están de acuerdo y abogan por una mayor permisividad. PARREÑO, G., *Distribución y libre competencia*, ed., Montecorvo, Madrid, 1994, pp. 483 y ss., considera que sería más conveniente introducir en el Derecho el debate sobre la posibilidad de interpretarlo conforme al modelo anglosajón de las rule of reason, pues la aplicación de una presunción iuris tantum de legalidad en los acuerdos de distribución sobre precios, facilitaría y agilizaría una realidad económica tan difundida como este tipo de técnica de distribución. Existe un cierto trato discriminatorio hacia la política empresarial que incorpora en sus contratos de distribución cláusulas de fijación de precios a los distribuidores, mientras las mismas estrategias no son cuestionadas si se aplican en el seno de la misma empresa.

el volumen mínimo de operaciones estipuladas, y si este mínimo no se alcanza se estima incumplido el contrato, y el principal podría extinguirlo automáticamente por incumplimiento del agente. La legislación salvadoreña en el Art. 398 C.Com. Literal d) establece como causa justa para dar por terminado, modificar o negarse a prorrogar el contrato de agencia-representación o distribución, la disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivo imputable al agente representante o distribuidor. Sin embargo estos pactos no parecen plantear ningún problema desde el punto de vista del Derecho de la competencia en el caso del contrato de agencia, ni en general en otros contratos de distribución. En la legislación española en el Reglamento CE 2790/1999 no dispuso nada al respecto; los derogados reglamentos C.E.E. 1983/1983 y 1984/1983 permitían que entre las obligaciones del revendedor esté la de comprar surtidos completos de productos o cantidades mínimas, así como que entre las obligaciones del vendedor puedan estar las de comprar cantidades mínimas de los productos que sean objeto de la obligación de compra exclusiva Art. 2.3: a) del Reglamento 83/83 y Art. 2.3: b) del Reglamento 84/83, respectivamente. El Reglamento 1475/95, aún vigente, no considera obstáculo para la exención el compromiso por el que el distribuidor se obligue a esforzarse por dar salida durante un período determinado, dentro del territorio convenido, a un número mínimo de productos contractuales que se fijarán de común acuerdo entre las partes.

### **13. Cláusulas de exclusividad territorial o de clientela**

En el contrato de agencia es también frecuente el establecimiento de cláusulas de exclusiva a cargo de las partes; generalmente estos acuerdos responden a razones de organi-

zación de los sistemas distributivos.<sup>65</sup> Las cláusulas de exclusiva reciben diversos nombres; se habla de exclusiva territorial para referirse a la limitación de la actuación del agente a una zona geográfica determinada, o incluso para un grupo de personas o clientela determinada, exclusiva de zona o de clientela. El contenido de las cláusulas puede ser diferente, pueda ser que el principal sea quien se compromete a garantizar una zona en la que el agente realiza en exclusiva su actividad, de tal modo que no puede nombrar en esa zona o círculo de clientes a otros agentes, mientras que el agente sí puede actuar fuera de la zona o círculo asignado.

Sin embargo, también puede ocurrir que al agente se le prohíba actuar fuera de la zona o círculo de clientela asignada, mientras que, por el contrario, el principal puede nombrar más agentes en esa zona. Y por último, también cabe pactar que la exclusiva sea recíproca, esto es que el agente se comprometa a no actuar fuera de la zona o círculo de clientes, y el principal a no nombrar otros agentes en ese ámbito. En la legislación española pareciera referirse únicamente al supuesto en que el agente tenga la exclusiva para una zona o grupo de personas (exclusiva territorial, en sentido estricto); por tanto, en esta zona no pueden actuar más agentes (Art. 12.2. LCA).

Sin embargo, no se especifica si esta exclusiva ha de ser recíproca, esto es si el agente no puede actuar fuera de esa zona. La nota característica de este supuesto regulado por la ley, consiste en que el agente tiene derecho al premio no solo

<sup>65</sup> Reglamento de Agencia, Art. 4, apartado 1.3, dispone que “en caso de desacuerdo de las partes se fijará, por un perito independiente, un número mínimo de productos contractuales a los que deba darse salida, teniendo en cuenta las ventas anteriormente realizadas en ese territorio y las previsiones de ventas para dicho territorio a nivel nacional.” Es frecuente que alguna de estas cláusulas de exclusiva formen parte del propio concepto del contrato de agencia en algunas legislaciones, tales como en el derecho italiano, que constituyen un elemento esencial del contrato la designación de una zona determinada, sea ésta en exclusiva o no, en la que el agente realice su actividad. (Art. 1742 del Cod. Civ. Ita).

por las operaciones en las que ha intervenido personalmente, sino por aquellas otras que se concierten sin su intervención con personas pertenecientes a la zona o grupo de clientes asignado al agente, normalmente esto suele implicar que el agente no puede impedir que el principal realice operaciones directas en la zona o grupo que le ha sido asignado.

Este derecho a remuneración del agente por operaciones en las que no interviene se funda en la previa labor de introducción de los productos en la zona, realizada indiscutiblemente por el representante, y que engendra a su favor un derecho económico que se extiende sobre todas las operaciones ulteriores que son consecuencia de aquella actividad. Siempre deberá tomarse en cuenta que este derecho al premio del agente sobre las operaciones en que no intervenga, puede dar lugar a situaciones complicadas, por ejemplo cuando el agente permanece inactivo en su zona y se limita a percibir los premios que le corresponden sobre los contratos gestionados por otros. En nuestra legislación pareciera que la exclusividad pudiera pactarse en cualquiera de los sentidos. El Art. 392.3 C. Com. establece que *“La agencia-representación o distribución, podrá ser exclusiva o de cualquiera otra forma que acuerden las partes”*; indica que puede ser en ambos sentidos, según se decida, ya que el Art. 293.2 establece que *“cuando el agente fuere representante o distribuidor de varios principales y uno de ellos introdujere una línea competitiva de otra que el agente distribuya o represente, deberá éste hacerlo del conocimiento de los principales respectivos, con el objeto de realizar las negociaciones pertinentes en relación con la línea.”* También se establece el premio o comisión si el agente representante o distribuidor tuviere asignada en forma exclusiva una zona determinada, por los negocios de igual índole a los encomendados a su agencia, que realice el principal o sus enviados en dicha zona, aunque aquél no haya

intervenido en el mismo. Es decir que a todas luces pareciera que también limita al principal.

Al respecto de la exclusividad hay que distinguir entre “protección territorial absoluta” y “exclusividad simple.” La primera prohibiría al agente cualquier contacto con clientes de fuera de la zona que se ha asignado, en tanto que a la segunda lo que se le impide es desplegar su actividad promocional fuera de la zona (ventas activas); pero no atender pedidos de clientes radicados fuera de la misma, que acuden al establecimiento del agente (ventas pasivas). Lícitamente puede prohibirse al agente la realización de ventas activas fuera de la zona, no así todo contacto con clientes de fuera de su zona, cuando se trate simplemente de dar curso a los pedidos formulados por aquellos.<sup>66</sup>

### **13.1. Cláusulas de prohibición de competencia y actuación en exclusiva por cuenta del principal**

Bajo este concepto se recoge la modalidad de pactos que realmente se encuentran a medio camino entre la prohibición y la competencia “estricto sensu” y los acuerdos de exclusiva, pues consisten en que el agente se obliga a no realizar una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con los de su principal.<sup>67</sup> Este tipo de cláusulas son generalmente

<sup>66</sup> MARTINEZ SANZ, F., ob. cit. en RDM., No 219 1996, pp. 59, ha sostenido este concepto, el cual se ha visto reflejado en Resoluciones del TDC de 1986-1990 y recientemente en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000.

<sup>67</sup> Vid en términos generales sobre el tema DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *Contratos internacionales*, pp. 1305; VERGEZ SANCHEZ, M. M., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, pp. 3067 y HERNANDEZ MARTI, J., *Contratación Internacional*, pp. 744 y ss. Sostienen que la prohibición de competencia es considerada por una gran parte de la doctrina como un tipo de cláusula de exclusiva a favor del principal, pues vincula al agente con carácter exclusivo en relación con posibles productos o servicios competitivos con los del principal.

supuestos mixtos, pues por un lado se recoge la prohibición de competencia en sentido estricto, esto es la prohibición de que el agente compita con su principal realizando la misma actividad. Y por otro lado, se recoge una exclusiva en relación con los terceros, al prohibírsele al agente que preste sus servicios a otros empresarios competidores.

También puede obligarse al agente a realizar la actividad objeto del contrato en exclusiva para un principal, en no prestarle servicios a ningún otro empresario (agente de una sola firma).<sup>68</sup> La prohibición de competencia se considera por una gran parte de la doctrina como una manifestación de deber del agente de defensa de los intereses del principal.<sup>69</sup> Sin duda alguna, el ámbito donde la obligación de defensa de intereses proyecta de modo más directo su virtualidad es aquel en el que pueden colisionar los intereses del principal con los intereses de un tercero, o incluso con los del propio agente. De este modo, si bien el agente puede —salvo pacto en contrario— realizar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios (Art. 7 LCA. y Art. y 393 C. Com.), el límite a este derecho se encuentra en evitar un posible conflicto de intereses.

La exclusiva territorial requiere acuerdo específico y expreso, en cambio rige como principio general la prohibición impuesta por la Ley al agente, de ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario, una actividad profesional competitiva con la del empresario con quien tiene concluido un contrato de agencia. Esta prohibición de competencia se prevé como un elemento natural del contrato de agencia y como manifestación

<sup>68</sup> Vid. GARRIGUEZ DIEZ, *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I, Madrid, 1964, pp. 570, regula la figura del agente de una sola firma, se aproxima a la del empleado del empresario representado, si bien no se confundirán ambas figuras si subsiste la nota de independencia y la organización propia que son características del agente.

<sup>69</sup> Vid. GARRÍGUEZ DÍAZ CAÑABATE, J., *Tratado*, pp. 552; VERGEZ SÁNCHEZ, MM., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, pp. 3068; en ese mismo sentido lo afirman.

especial del deber defensa del interés del principal, por el que el agente persona, física o jurídica, está obligado a abstenerse de realizar aquello que suponga un detrimento o perjuicio a los intereses de aquel. Similar es también el contenido del Art. 3 de la Ley francesa y el contenido del Art. 393 de la Ley salvadoreña.<sup>70</sup> Este criterio sólo se aplica mientras esté vigente el contrato, cuando la prohibición de competencia sea poscontractual, sí será necesario un pacto expreso.<sup>71</sup>

Respecto a este pacto algunos ordenamientos comunitarios ofrecen la posibilidad de ampliar la prohibición de competencia, aún después de extinguido el contrato de agencia, si bien sometiéndola a determinados requisitos formales, de cuyo cumplimiento depende la validez de la misma. Con dicha prohibición, el principal trata de evitar que el agente pueda servirse de los conocimientos obtenidos a través de la ejecución del contrato de agencia, en su propio y exclusivo beneficio para que una vez extinguido el contrato pueda dedicarse profesionalmente al mismo sector de actividades abarcadas por las operaciones comerciales que se dedicó a promover y, en su caso, concluir.

Así pues, con estos pactos se pretende tutelar al menos durante un tiempo los intereses del principal una vez concluido el contrato, lo cual, sin duda, está íntimamente conectado con la obligación de secreto del agente.<sup>72</sup> Esta prohibición, en principio

<sup>70</sup> Vid CANARIS, C., *HANDELSRECHT*, op. cit., p. 241, aseguran que en el Derecho alemán, a pesar de que no se recoge en la legislación respectiva la prohibición de competencia, la doctrina la entiende unánimemente como un límite a la libertad del agente basado en su obligación de velar por los intereses del empresario, y se deduce también del Art. 242 BGB., de tal modo que tiene carácter legal y es válida, independientemente de un correspondiente acuerdo ente las partes.

<sup>71</sup> Vid. QUINTANS EIRAS, M. R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, ed., Civitas, 2001, pp. 306 y ss., se pronuncia en parecidos términos la doctrina italiana, respecto del contenido concreto de esta prohibición de competencia.

<sup>72</sup> DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *Contratos internacionales*, p. 1297. Cierto es que el principal está necesitado de protección en esta FASE poscontractual, porque es precisamente en ella cuando más frecuente suele ser la divulgación a competidores de secretos industriales o empresariales, ya

no constituye un acuerdo restrictivo que afecte al mercado objetivo de la distribución de los productos contractuales, pues en este mercado la relación entre empresario y agente es vertical, y el agente actúa en nombre y por cuenta de su principal. Sin embargo hay que admitir que no se aprecia un justo interés, o mejor dicho una proporcionalidad en dicha prohibición por parte del empresario principal cuando puede constituir un acuerdo restrictivo en el mercado objetivo de los servicios de intermediación, lo cual implica una relación horizontal entre los diferentes agentes.

La limitación de la libertad económica del agente y de la competencia en el mercado de servicios de intermediación ha de ser necesaria y proporcionada, es decir, ha de venir justificada por el deber de lealtad y defensa de intereses del agente; si sobrepasa este ámbito entendemos que no pueden considerarse lícitas estas cláusulas de prohibición de competencia postcontractual impuestas por el principal, ni desde el punto de vista del Derecho privado que regula el contrato de agencia, ni desde el del Derecho de la libre competencia.<sup>73</sup>

---

que el agente una vez concluida su relación con aquél, pretenderá sacar el mayor provecho posible de la infamación a la que ha tenido acceso durante la relación de agencia. Es frecuente que si el agente comienza a distribuir los productos de un competidor de su antiguo principal, recurra a la lista de clientes que consiguió para su anterior principal.

<sup>73</sup> PALAU RAMÍREZ, F., *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*, se expresa en parecidos términos respecto de dicha prohibición.

---

## CAPÍTULO TERCERO

---

# EL MONOPOLIO Y SUS DIVERSAS CONCEPCIONES

*SUMARIO: 14. El Monopolio. 14.1. Diversas concepciones de monopolio. 14.2 Los monopolios en la etapa precapitalista. 14.3. Los monopolios en el capitalismo. 15. Derecho del monopolio y el régimen jurídico de la concurrencia. 16. Función de la concurrencia. 17. El control monopólico del mercado. 18. Los oligopolios. 18.1. La clasificación de los oligopolios. 18.2. Oligopolio estático. 18.3. Oligopolio dinámico.*

### 14. El monopolio

El ejemplo por antonomasia de poder de mercado lo constituye el monopolio. Un monopolio es aquella estructura de mercado en la que una sola empresa provee un producto para el cual no existen sustitutos cercanos a todos los consumidores del mercado.

Al igual que ocurría en competencia perfecta, la estrategia de un monopolista es la maximización de beneficios. En competencia perfecta las empresas eran precio-aceptantes, lo que supone que la curva de demanda a la que se enfrentan es horizontal; pueden vender toda su producción a un precio dado. En estas condiciones, cada unidad adicional que vendan les reporta el mismo ingreso, el ingreso marginal, que coincide con el precio del producto. Las empresas fijan su nivel de producción en aquel punto en el que el precio y, por tanto, el ingreso marginal son igual al coste marginal de producción.

Bajo el monopolio la curva de demanda a la que se enfrenta la empresa es la curva de demanda del mercado, que tiene una pendiente decreciente. Ello supone que el ingreso marginal ya no es igual al precio. Conforme aumenta el “output” del mercado los consumidores están dispuestos a pagar menos por cada unidad adicional: el ingreso marginal será decreciente y dependerá del cambio en el precio derivado del incremento en el nivel de producción.

El monopolista se enfrenta a un “trade off”, si incrementa el nivel de producción obtendrá mayores ingresos por la venta de unidades adicionales, pero al incrementar la oferta el precio disminuye y también el ingreso que obtiene por cada unidad vendida. El nivel de “output” que maximiza los beneficios del monopolista es aquel para el cual el ingreso marginal es igual al coste marginal de producción.

Como vemos, en el extremo opuesto de la competencia perfecta encontramos el monopolio, que afecta el derecho a la competencia porque implica su eliminación: el requisito esencial de la competencia está constituido por la pluralidad de oferentes para un mismo bien, mientras que en el monopolio hay uno solo.

El monopolio es consecuencia de una situación en la cual se produce la determinación unilateral del precio, la supresión de la libertad de los consumidores y la adopción de una política empresarial independiente de las condiciones del mercado y de la conducta de los demás competidores.<sup>74</sup>

Jurídicamente el monopolio puede deberse a circunstancias de hecho que imposibiliten la competencia en la práctica, o a la posesión de títulos jurídicos que faculden a prohibir la competencia. Es posible diferenciar las diversas situaciones de mono-

<sup>74</sup> GARRIGUEZ, J., *La Defensa de la Competencia Mercantil*, Madrid, 1964, p. 16. Sostiene que antes del previo establecimiento de la libertad general de competencia carece de sentido una regulación que reprima las conductas que perturben su funcionamiento.

polio.<sup>75</sup> El monopolio puede deberse a simples circunstancias de hecho que hagan imposible la competencia en la práctica, o a la posesión de títulos jurídicos que faculden para prohibirla, convirtiéndola en ilícita o ilegal. Las consecuencias económicas de la posición dominante que surge para el monopolista son las mismas en uno u otro caso. Sin embargo, el jurista sólo entiende por monopolio aquella situación en virtud de la cual la competencia queda prohibida jurídicamente para todos, menos para el monopolista mismo.

La doctrina se ha esforzado en configurar el monopolio que admite esa caracterización como un instituto jurídico, concibiéndolo incluso como una nueva categoría de derechos subjetivos. La facultad de excluir a los demás del ejercicio de la actividad que se reserva al monopolista, es decir la facultad de prohibir jurídicamente la competencia en un sector determinado de la actividad económica, puede originarse de las más diversas fuentes.

La Constitución de la República de El Salvador en su artículo 110 establece que no podrán autorizarse monopolios, sino a favor del Estado o de los municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible; y que se prohíben las prácticas monopolísticas para garantizar la libertad empresarial y proteger el interés de los consumidores, siendo esta disposición constitucional uno de los considerandos que dieron lugar a decretar la Ley de Competencia, aprobada el veintiséis de noviembre de 2004, mediante Decreto Legislativo Número 528.

<sup>75</sup> BAYLOS CORROZA, H, *Tratado de Derecho Industrial*, 1978, Civitas, Madrid, p. 241. Afirma que el economista no distingue entre las situaciones de monopolio según cual sea la causa de su aparición. Para el jurista, en cambio, este es un tema fundamental.

## 14.1 Diversas Concepciones de monopolios

La denominación “monopolios” sirvió en diversas etapas históricas para denominar fenómenos similares en el aspecto estático (un solo oferente de un bien, en sentido amplio, o pocos oferentes o demandantes), pero sustancialmente diferentes en el aspecto dinámico, cuyas características en forma sintética fueron las siguientes:

## 14.2. Los monopolios en la etapa precapitalista

La sociedad precapitalista conoció diversas formas de organización productiva en los sectores agrario y manufacturero; en sus últimas manifestaciones tuvieron cierto desarrollo las corporaciones o gremios, que recibían de la autoridad estatal el privilegio monopólico de producción y distribución de determinados bienes; eran pequeñas unidades artesanales que tenían, incluso, limitado el número de operarios.

Sus concepciones respondían en muchos casos a tradiciones históricas, y en otros a necesidades fiscales de los señores. Los privilegios de las corporaciones configuran una de las trabas que la sociedad feudal oponía a la libre expansión de las poderosas fuerzas productivas en la segunda mitad del siglo XVIII; en consecuencia, su derogación va a ser uno de los objetivos de la naciente sociedad burguesa. Las primeras manifestaciones de esta política fueron las autorizaciones para instalar talleres y fábricas en el campo, fuera de los límites jurisdiccionales de los feudos, a los que estaban limitados el privilegio y, a posteriori, su derogación.

Otro tipo de monopolio era el derivado del señorío, consistente en el uso obligatorio de la forja, del horno y el molino, que implicaba la percepción de tributos por el señor. Destacan en la época los monopolios fiscales (o estancos); el monarca reservaba para la Corona el monopolio en la producción y comercia-

lización de artículos de primera necesidad, como la sal, el tabaco, el papel sellado, los fósforos, etc. Su comercialización a precios muy elevados permitía el ingreso de importantes sumas de dinero a las arcas estatales y la demanda rígida de ellos posibilitaba regular estos ingresos según las necesidades de la hacienda pública. La importancia sustancial de estos monopolios, como fuentes de financiamiento, se observó en las primeras etapas posteriores a la Revolución Industrial. En relación con el derecho hispano y sus colonias es necesario destacar, por último, el monopolio vinculado al comercio en las colonias, en especial el denominado monopolio de Sevilla.

En su mayoría, estos privilegios fueron eliminados en España a principios del siglo XIX por las cortes de Cádiz, y por la consolidación de la independencia en el subcontinente latinoamericano.<sup>76</sup>

Los instrumentos jurídicos utilizados por la sociedad para la eliminación de las trabas a la expansión de las fuerzas productivas fueron: la derogación general de los privilegios, la inclusión en las normas constitucionales de la libertad de ejercicio de las profesiones, del comercio y la industria y, en algunos casos, la prohibición de los monopolios y estancos. Es de destacar que el fundamento instrumental fue otorgar garantías, no establecer prohibiciones.

Las disposiciones antimonopólicas de las constituciones del siglo XIX hacen referencia especialmente a este tipo de monopolios, y así se pone de manifiesto en la Constitución mexicana de 1857, reproducida en parte en 1917.

<sup>76</sup> TAMANES, Ramón, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, España, Edición, Tecnos, 1966, pp. 230 y ss. Se hace un estudio detallado de las diversas formas monopólicas precapitalista.

### 14.3. Los monopolios en el capitalismo

El sustento ideológico del desarrollo de la sociedad capitalista en el orden económico es elaborado por el liberalismo, sobre la base de la autoplanificación de la producción, para lo cual se requería un mercado atomizado, movilidad de los factores de la producción y libre funcionamiento del mercado. Estos prerrequisitos eran considerados, a la vez, características inherentes al sistema.

Nos interesa en especial el problema del mercado atomizado y su significación económica inmediata,<sup>77</sup> ya que de dar el resultado esperado, que es, cambiar los resultados naturales del libre juego de oferta y demanda, se alterarían los precios de las mercancías que por bajos o altos dejarían de ser justos y también los volúmenes que se aportarían al mercado.

Fue hasta en el último tercio del siglo pasado que se comenzó a visualizar un agudo proceso de concentración y centralización de capitales, que coincide con un nuevo impulso a la capacidad productiva industrial en los países desarrollados. Los avances técnicos no derivaron, como se suponía, en reducciones sustanciales de los precios, ni en la elevación proporcional del nivel de vida de las grandes masas. Al contrario, las nuevas necesidades de mayores volúmenes de capital y de tecnologías modernas para poder competir con éxito en el mercado, motivaron la paulatina quiebra o absorción de sectores significativos de las empresas de menor tamaño por las grandes corporaciones.

<sup>77</sup> LABRA, Armando, "La Constitución, El Estado y la Economía" en *El Economista Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1979, p.23. Comenta que el mercado atomizado tiene una significación económica inmediata que se refleja en que los oferentes y los demandantes no estaban en condiciones reales de acordar un comportamiento común en el mercado, que pudiera cambiar los resultados naturales del libre juego de oferta y demanda.

A la concentración natural del mercado, que pasó a ser dominado por un reducido número de empresas,<sup>78</sup> se añadieron los acuerdos realizados por las grandes corporaciones para el control de las variables fundamentales de la vida económica: precios y ganancias. La Sociedad Anónima, con todas las posibilidades de utilización que brinda para el control de capitales de terceros, sustituyó al empresario individual en las economías desarrolladas y en los sectores productivos más dinámicos.

Las formas de dominio sobre el mercado adoptadas por los monopolios fueron directas: como la fusión o integración jurídica y económica (trust),<sup>79</sup> la integración financiera, manteniendo ficticiamente la independencia jurídica y funcional (holding); e indirecta: concentración de precios y distribución de mercados.

La política estatal frente al desarrollo de los monopolios fue contradictoria; la opinión pública se opuso a ellos e incluso presionó para que se legislara a favor del libre mercado, con diverso rigor y eficiencia en cada país. Por otra parte, el mismo Estado

<sup>78</sup> BAIN, J., *Organización Industrial*, Barcelona, Ediciones Omega, 1963, pp.107 y ss. Dice que el estudio de los procesos de concentración económica requiere de una metodología precisa, que determine el objeto de medición; así se puede distinguir la concertación de la riqueza en un conjunto social, la concentración en la propiedad de las unidades de producción y comercialización, la relación entre empresas; pero en general cada empresa tiene diversos propietarios, uno o algunos de los cuales tiene el control de ella y al tenerlo decide sobre ella como si fueran sus únicos dueños, a lo que se debe agregar el control de algunas empresas por otras, lo que multiplica geoméricamente el primer control a que se hizo referencia. También puede hacerse el mismo análisis haciendo una disección del mercado según ramas de la producción y considerando el control del mercado en cada una de ellas, unidades de producción que concurren a ofrecer y demandar no sólo en cada rama, sino también en cada producto.

<sup>79</sup> BAIN, J., *organización Industrial*, Barcelona, Ediciones Omega, 1963, pp. 107 y ss., manifiesta que la implantación de Derecho antitrust, cambia el propio significado de la competencia en el conjunto de la legislación. Ello hace que se abra una perspectiva totalmente nueva, ya que no solo interesa como instrumento de los empresarios para protegerse de las actuaciones incorrectas de sus competidores, sino que es imprescindible para impedir las distorsiones del sistema competitivo de economía de mercado, para hacer que la competencia funcione adecuadamente.

se transformó en un promotor de actividades monopólicas, justificando a veces su accionar en conveniencia de costos.

Con lo expuesto podemos precisar la problemática siguiente: a) la presencia de una o pocas unidades de producción que por su participación en las ventas globales de un sector productivo tienen la posibilidad de determinar comportamientos en el mercado; b) esta posibilidad puede traducirse en comportamientos lesivos a la concurrencia; c) estas empresas pueden realizar actos tendientes a evitar que otras empresas ingresen al mercado; y d) pueden realizar acuerdos colusivos, determinando precios para adquirir insumos o vender productos, distribuirse cuotas de ventas, zonas geográficas u otras conductas que lesionen a los consumidores; estas acciones o acuerdos colusivos pueden afectar, y así sucede frecuentemente, en la economía nacional en su conjunto.

El mercado monopolístico “stricto sensu”, basado en un oferente (monopolio) o un demandante (monopsonio), no es la situación habitual en el sector privado, excepciones destacadas como el de la tecnología patentada o el “know how”,<sup>80</sup> y la concentración en un número reducido de oferentes (oligopolio) o demandantes (oligopsonio) obliga a definir ciertos criterios arbitrarios y objetivos. Generalmente el legislador recurre a cuantificaciones estadísticas y a la posibilidad que tienen las unidades de producción y comercialización de incidir en forma determinante en el comportamiento del mercado (posición dominante).

<sup>80</sup> RIBO DURÁN, L., *Diccionario de Derecho Empresarial*, Barcelona Bosch, Casa Editorial, S.A. Refiere el know how comercial a la organización interna de la empresa o administración; a las relaciones entre empresa y cliente o distribución, y a las relaciones entre empresa y proveedores, o suministro. Los conocimientos o métodos con posible aplicación mercantil, que pueden alcanzar la prestación de servicios, constatan de un elemento intelectual, que es el auténtico “know how”, y un soporte físico o material. En todo caso el “know how” industrial o el comercial ha de consistir en una información técnica secreta y ha de tener valor patrimonial.

Los sistemas jurídicos suelen definir, por una parte, la existencia objetiva del monopolio o de la posición dominante, y, por otra, la utilización de esta situación de privilegio para obtener un lucro excesivo o ilegítimo (abuso de posición dominante), dificultando la entrada al mercado de otras unidades de producción, o desplazando a las existentes.

## **15. Derecho del monopolio y el régimen jurídico de la concurrencia**

Las primeras normas que hicieron referencia a la importancia de los monopolios en el mercado precedieron indudablemente a los intentos de sistematización temática del derecho económico y a ciertos debates continuados en nuestros días. La visualización respecto a la necesidad de una metodología diferente para enfocar esta problemática hizo que los autores intentaran otorgarle cierta entidad, cierta autonomía; es así como en muchos casos se hacía referencia a un derecho de los monopolios, adoptando las ideas centrales planteadas a fines del siglo XIX por la legislación norteamericana. El núcleo central de la problemática abordada por esta corriente eran los monopolios en sí mismos, la mera existencia de una o pocas unidades de producción que pedían controlar el mercado o incidir en las decisiones que en él se adoptaban; los acuerdos colusivos o las acciones tendientes a obstaculizar el ingreso en el mercado, por parte de otras unidades de producción, eran un derivado del fenómeno central, una consecuencia de la existencia de los monopolios. En esta línea de contenido, algunos autores centran el análisis en los acuerdos interempresarios orientados a restringir o limitar la competencia, neutralizando los efectos positivos que según la economía clásica se derivaban de ella. En esos acuerdos se incluyen, generalmente, las fusiones directas o indirectas de unidades empresariales; en estos casos el eje fundamental del análisis es el acuerdo colusivo, no la existencia

de los monopolios. Otra corriente considera que la problemática monopólica y de acuerdos empresariales colusivos es parte de una mucho más amplia que es la de la concurrencia desleal.<sup>81</sup>

## 16. Función de la concurrencia

La acción empresarial de concurrir y competir en el mercado en condiciones libres y leales, cumple una función de sustancial importancia en la teoría liberal, en tanto posibilita la autoplani-ficación de un sistema productivo extremadamente complejo, en virtud de la determinación equitativa de los precios y de las ganancias, facilitando una asignación justa de ingreso a los factores productivos; y es factor determinante en la tendencia a la igualación de la tasa de ganancia, que se verifica en el proceso de transformación de los valores en precio y de la plus-valía en ganancia. Corrientes políticas y económicas posteriores han relativizado en mayor o menor medida este significado de la concurrencia, pero siempre a partir del reconocimiento expreso de su función sustantiva en la determinación de los precios.

En relación con el campo jurídico, la temática primera gira alrededor de la conveniencia de legislar respecto a las condicionantes o prerequisites que garantizarían la posibilidad de la concurrencia. En especial se debate el tema vinculado a la estructura del mercado: hasta dónde corresponde al Estado liberal<sup>82</sup> establecer normas que afecten una tendencia natural de la economía capitalista, la jerarquía de las normas relativas al punto en consideración y no sólo si corresponde a la órbita

<sup>81</sup> BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Edición Civitas, 1978, pp.107 y ss. Sostiene que la problemática monopólica y de acuerdos empresariales colusivos es parte del derecho industrial y que debe analizarse a la luz de propiedad Intelectual.

<sup>82</sup> SMITH, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, Barcelona, 1988, pp. 503, ss. La idea de la libertad económica ganó importancia y precisión gracias a la referida obra, quien proclamó que cualquier intervención del Estado resulta perjudicial porque la ley natural del mercado es la libertad para perseguir su propio interés.

constitucional, sino también si es conveniente únicamente la regulación administrativa o también la represión penal.<sup>83</sup>

## 17. El control monopólico del mercado

Que una o más unidades de producción puedan controlar las relaciones básicas respecto a la producción y transacciones de determinados productos, genera una de las principales contradicciones en la política económica capitalista.

La concentración y la centralización de la producción y distribución de las mercancías es una tendencia natural en el mercado de libre concurrencia; concentración y centralización que eliminan bases materiales que sustentan ese mercado, como es la atomización de oferentes y demandantes. El carácter natural de la monopolización, resultado no siempre buscado conscientemente, genera importantes peculiaridades en la legislación económica, y en especial, en la penal económica.

Una unidad de producción que es único oferente (o demandante) en una determinada rama o producto, por ese solo hecho, altera los principios generales del sistema concurrencial independientemente de los pasos que hubiera dado para lograr esa situación. Se presenta así el problema de la posibilidad

<sup>83</sup> KLAUS, T, *Ensayos de Derecho en honor de Javier Piña Palacios*, México, Porrúa Hnos., 1985, pp., 127 y ss. Este tema ha recobrado actualidad no sólo en el debate académico y empresarial, sino también en el periodístico y de consumidores, luego de la orden judicial que obliga a la atomización en siete compañías de la American Telephone and Telegraph de los Estados Unidos. La situación privilegiada que se logre dentro del mercado se puede deber a políticas mercantiles exitosas, muchas veces basadas en innovaciones tecnológicas protegidas por la legislación sobre propiedad industrial durante una primera etapa, no necesariamente mediante la fusión de competidores; su consolidación en el mercado se puede verificar sin necesidad, en muchos casos, de realizar acciones de exclusión de futuros competidores, más allá de aquellas que son aceptadas por la costumbre comercial, cuyos factores habituales son: a) producción a escala que abata costos; b) posesión de patentes, o *know how* protegido mediante secreto; c) preferencia de los compradores que otorga un margen discrecional en la fijación de precios; d) necesidad de movilizar grandes capitales asociado a disponibilidad tecnológica, para poder producir a escala óptima.

de reprimir a una unidad de producción o a una empresa que ha logrado una situación privilegiada por el natural desarrollo de la actividad productiva, respetando las normas éticas de la economía de mercado. Este problema ha sido sintetizado por la doctrina norteamericana en la pregunta sobre si las dimensiones, en el control del mercado, por sí solas, constituyen violación de la ley, o deben ser atacadas de alguna manera.

## 18. Los oligopolios

Generalmente se ha hecho referencia a los oligopolios como sinónimo de monopolios y se ha hablado de una empresa o de un pequeño grupo de ellas que concertadamente controlan una porción significativa del mercado, en este caso se hace referencia al concepto de monopolio en sentido estricto; es decir que estamos hablando de una empresa o conjunto de empresas integrantes de un grupo mediante vínculos jurídicos expresos.<sup>84</sup>

En efecto, si el control se realiza mediante actos concertados expresa o tácitamente (conductas paralelas, por ejemplo), no se atacaría la dimensión en tanto tal, sino los acuerdos o acciones concertadas. En igual medida pueden reprimirse las acciones excesivamente agresivas orientadas a expulsar la competencia existente, o impedir el ingreso de otras empresas que pretenden concurrir.

En este punto es importante hacer referencia exclusivamente a la situación de monopolio, a la ocupación de una parte sustantiva del mercado de un determinado producto en un momento dado, sin haber violado la ley ni las costumbres mercantiles para arribar a ella o para mantenerla. A fin de evitar cualquier tipo de confusión, estamos planteando un caso en el cual la empresa no abusa de su situación privilegiada para

<sup>84</sup> CARLTON, D.W., PERLOFF, J.M., *Modern industrial organization*, 1976, p. 176. Sostiene que puede existir un bienestar social en competencia perfecta y en una situación de monopolio.

obtener beneficios excesivos, y por otra parte, su volumen de productos o comercialización satisface la demanda efectiva.

Un oligopolio es una estructura intermedia de mercado entre el monopolio y la situación de competencia perfecta, en la que compete un número reducido de empresas como consecuencia de la existencia de barreras a la entrada. Las empresas no son precio aceptantes y toman sus decisiones tomando en cuenta la estrategia de sus competidores.

No existe un solo modelo de oligopolio. Pueden formularse diversos modelos de oligopolios dependiendo del número de empresas, de sus características y de las estrategias que sigan. En cualquier caso, el objetivo de las empresas en un oligopolio, al igual que ocurría en una situación competitiva y en una situación de monopolio, es la de maximizar los beneficios.

### **18.1. Clasificación de los oligopolios**

Según el tipo de producto los oligopolios pueden ser *homogéneos*, en ellos las empresas producen un único bien; *diferenciados* en los que las empresas producen bienes con características diferentes.

Según el grado de cooperación pueden ser *colusivos*: existe cooperación entre las empresas; *no colusivos*: las empresas toman sus decisiones independientemente.

Según el nivel de interacción pueden ser *estáticos*: las empresas toman decisiones una sola vez; *dinámicos*: las empresas toman decisiones varias veces.

Según la variable estratégica pueden ser *Cournot*: la variable de decisión de las empresas es el nivel de output; *Bertrand*: La variable de decisión de las empresas es el nivel de precios.

La teoría de juegos ayuda a modelizar las situaciones de oligopolio. La teoría de juegos es un conjunto de herramientas

analíticas diseñadas para comprender las decisiones de los agentes cuando interactúan en el mercado.<sup>85</sup>

Analizaremos sucintamente los diferentes tipos de oligopolio y los resultados de equilibrio. Por razones de simplicidad vamos a tomar como referencia la manera más sencilla de oligopolio: el duopolio, en el que compiten sólo dos empresas. Supondremos inicialmente que estas empresas producen un producto homogéneo.

## 18.2. Oligopolio estático

En los juegos estáticos se considera que las empresas participan en un juego de una sola etapa, es decir toman sus decisiones una sola vez y el juego no se vuelve a repetir. Hay dos modelos estáticos característicos de oligopolio: el modelo Bertrand y el de Cournot. La diferencia entre ambos juegos reside en la variable de decisión de las empresas.

### A. Modelo de Bertrand

En un modelo de Bertrand las empresas compiten en precios. El juego se hace estudiando dos empresas que compiten en precio y que cada empresa decide su precio de venta, ambas empresas deciden sus precios simultáneamente, se juega una sola vez, dejando fijada y completa la información y resulta el llamado equilibrio de Nash.<sup>86</sup>

En este juego suponemos que ambas empresas fabrican un producto homogéneo y tienen un coste marginal de producción constante. Así, en equilibrio las dos empresas fijarán un precio igual al coste marginal. La empresa 1 cree que la empresa 2

<sup>85</sup> OSBORNE, M.J. Y ROBINSTEIN, A., A course in game theory, MIT Press, 2001, p.1, consiste en que cada empresa analiza las posibles estrategias de su rival y decide cuál será su respuesta ante cada una de las posibles decisiones de su competidor. Una vez que todas las empresas han elaborado su conjunto de respuestas a la estrategia de sus competidores se llega a un equilibrio.

<sup>86</sup> OSBORNE, M J. Y ROBINSTEIN, A., A course in game theory, MIT Press, 2001, p.11.

fijará un precio superior al coste marginal, sabe que fijando un precio ligeramente inferior al de su rival será capaz de atraer la totalidad de la demanda porque los bienes producidos por ambas empresas son homogéneos. La empresa 2 razonará del mismo modo y fijará un precio inferior al precio fijado por la empresa 1. Siguiendo este razonamiento, ambas empresas fijarán el menor precio posible, esto es, aquel que se iguala al coste marginal.

#### B) Modelo de cournot

En un juego de cournot la variable de decisión de las empresas es el nivel de output. En este tipo de juegos las empresas deciden su nivel de producción, y el precio viene determinado por la intersección entre la oferta y la demanda.

En este juego las empresas competidoras deciden el nivel de output, mediante su nivel de producción, simultáneamente, de una sola vez, en forma completa, obteniendo un equilibrio nash.

Las empresas con este juego se enfrentan a un tradeoff, por un lado quieren incrementar su nivel de producción en aquellas situaciones en las que el precio de equilibrio es superior a su coste marginal.

A diferencia de la situación de competencia perfecta en la que la contribución de cada empresa a la oferta total era imperceptible, aquí las decisiones de una empresa tienen efectos sobre el nivel de precios. Por ello, cada vez que una empresa incrementa su nivel de output, incrementa la oferta agregada y, por lo tanto, disminuye el precio de venta.

La estrategia de las empresas en este juego se representa a través de las funciones de reacción que ilustran para cada nivel de output que fije la empresa rival, tal es el nivel de output que fijaría una empresa para maximizar su beneficio. El nivel de producción será aquel para el cual el ingreso marginal de

producir una unidad adicional sea igual a la pérdida derivada de la caída del precio.<sup>87</sup>

### 18.3. Oligopolio dinámico

A diferencia de los modelos planteados, en la vida real las empresas no toman decisiones una sola vez, sino que la toma de decisiones se repite con frecuencia. Una empresa varía sus decisiones de producción dependiendo de numerosos factores como cambios en la demanda, en el precio de los factores productivos en innovaciones tecnológicas. En este tipo de modelos las estrategias de las empresas participantes resultan más complejas, ya que ahora las decisiones de una empresa en un período dependen tanto de las decisiones del resto de empresas como de los resultados del mercado en períodos pasados.

Los juegos en los que las empresas conocen las decisiones pasadas de sus rivales y condicionan las decisiones en un período. Dichas acciones se les denomina “*superjuegos*.” En este tipo de modelos el comportamiento pasado de una empresa es sumamente importante porque le confiere una reputación que las empresas rivales van a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones.<sup>88</sup>

Este tipo de modelo puede representarse a través del “*Dilema del prisionero*”, un juego en el que las empresas interactúan repetidamente, y al repetirse, estas son capaces de influir en las decisiones de su rival para evitar así el dilema del prisionero. Las empresas envían señales a sus competidores, que disciplinan su comportamiento mediante lo que se denomina “*estrategias espoleta*” o “*estrategias de gatillo*.”<sup>89</sup>

<sup>87</sup> CARLTON, D. W. y PERLOFF, J. M., Modern, ob cit, pp. 178 y ss.

<sup>88</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de derecho de la competencia*, Barcelona, Editorial Bosch, S.A., 2005.

<sup>89</sup> GUTIÉRREZ, I., Y PADILLA, A .J., *La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales*, en Fundación ICO, Anuario de Competencia 2001, 2002. Tomando en cuenta que ambas empresas son

## CAPÍTULO CUARTO

# LA POSICIÓN DE DOMINIO EN UN MERCADO DETERMINADO

*SUMARIO: 19. La posición dominante y el abuso de ella. 20. La experiencia comunitaria y el Mercosur. 20.1. La experiencia de la comunidad europea. 20.2. El Mercosur y la libre competencia. 21. La legislación argentina. 21.1. La legislación brasileña. 21.2. Brasil y Argentina, análisis comparativo. 22. Las fusiones. 23. Metodología en materia de regulaciones de los actos con efectos estructurales sobre la competencia. 23.1. Análisis estructural. 23.2. Cuota de mercado. 23.3. Barreras de entrada. 24. Análisis conductista. 25. Análisis de dependencia. 26. Posición dominante legal. 26.1. Posición dominante y monopolio. 26.2. Posición dominante colectiva. 27. El abuso. 27.1. Responsabilidad de la empresa dominante. 27.2. Factores de licitud de comportamiento de la empresa dominante. 28. Mercado relevante.*

### 19. La posición dominante y el abuso de ella

En relación con la noción de posición de dominio,<sup>90</sup> la primera de las cuestiones que es necesario abordar es lo referente a

---

simétricas, el equilibrio sería la estrategia (D, D). Aunque las dos empresas obtendrían mayores beneficios si eligiesen la estrategia (C, C) este resultado no es sostenible. Si la empresa 1 percibe que su rival va a mantener la estrategia C, preferirá jugar D porque la combinación (D, C) le reporta mayores beneficios que la estrategia (C, C). Lo mismo ocurrirá con la empresa 2, que tendrá incentivos a desviarse de la situación (C, C).

<sup>90</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Argentina, Editorial Heliasta S.R.R., 2005, pp. 165, sostiene que a la importancia de los monopolios se le denomina “El poder de mercado” y que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

determinar quiénes pueden ocupar una posición de dominio sobre un mercado determinado y consecuentemente si pueden ser sancionados por abusar de esa posición.

El Tratado de Roma, La Ley de Competencia Española, El tratado de la comunidad europea y la Ley de Competencia Salvadoreña se refieren expresamente al abuso de posición dominante de una o varias empresas. Ninguno de los instrumentos legales mencionados ha definido qué debemos de entender por empresa, sin embargo podemos definirla como *“Organización unitaria de elementos personales materiales e inmateriales, vinculada a un sujeto jurídicamente autónomo, que persigue de forma duradera un fin u objetivo económico determinado.”* Es irrelevante o indiferente la forma jurídica del sujeto en cuestión, que puede ser, incluso, una persona física que explota un bien de su propiedad (empresa Individual). Es también, en principio, indiferente el tipo o carácter de la actividad desarrollada, siempre que se mueva en los amplios límites señalados.

La posición de dominio puede ser ocupada por una o varias empresas. En relación con este tema se ha pensado en la posibilidad de que la posición de dominio venga de alguna o algunas de las empresas del grupo, o si por el contrario, cabe considerar que el grupo puede ocupar una posición de monomio, aunque los miembros del mismo conserven su personalidad propia y, por tanto, su independencia formal.<sup>91</sup> La doctrina ha considerado que el grupo como tal puede ser considerado en posición de

---

es definida como la capacidad de un agente económico individual o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente para influir sobre los precios del mercado, y en este sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por la cual los agentes son tomadores de precios.

<sup>91</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho Antimonopólico ob cit*, pp. 344. La independencia de las partes que actúan en un mercado es un aspecto titulado con especial intensidad, y puede observarse que esta faceta de la competencia es tutelada a través de las figuras que sancionan, en forma especial, la obstaculización del acceso al mercado de concurrentes potenciales.

dominio en la medida en que constituye una unidad económica que se considera innegable si la sociedad madre dispone de un control efectivo del cien por ciento de sus filiales o si determina la línea de acción de éstas. Al respecto, diversos autores e incluso el tribunal de las comunidades europeas han ido lejos en la aplicación a los grupos de sociedades.<sup>92</sup>

El artículo 86 del Tratado de Roma ha conformado un antecedente para la mayoría de las legislaciones anticompetitivas, el cual expresa literalmente: “Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común<sup>93</sup> o en una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir particularmente en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- c) aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza; y

<sup>92</sup> PASCUAL SEQUEROS, A., En ese sentido afirma en “La Gaceta Jurídica de La Unión Europea y de La Competencia”, núm. 209, septiembre-octubre, 2000, que en doctrina reciente del Tribunal de Defensa de La Competencia, española, en materia de abuso de posición dominante ha habido aplicación de esta doctrina.

<sup>93</sup> RIBO DURÁN, LUIS, *Diccionario de Derecho Empresarial*, Barcelona Bosch, Casa Editorial, S.A., Define como mercado común al convenio internacional entre dos o más países, para la integración de sus economías, de forma que las mercancías producidas en cualquiera e ellos puedan ser ofrecidas en todos los demás países, sin ninguna restricción arancelaria ni extraarancelaria. Es una de las formas más avanzadas de integración económica internacional, solo superada en nivel de integración por la unión económica.

- e) según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”

La Ley de la Defensa de la Competencia, de España, de 1963, incluyó el concepto de “posición dominante”, a la luz de la cual se entiende que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; o cuando dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando, para un determinado tipo de producto o servicio, no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros en todo el mercado nacional o en una parte de él. Esta misma ley declaraba prohibidas las prácticas abusivas realizadas al amparo de una posición de dominio en el mercado, establecida por disposición legal.<sup>94</sup>

Es importante establecer que para considerar que hay impedimento de la competencia efectiva, la empresa debe poseer un poder considerable manifestado en una cuota alta del mercado de que se trate, la improbabilidad de que terceros puedan debilitar esa posición y; por último, se debe demostrar que tal posición existe en el mercado. Se afirma que si bien, bajo las normas que reprimen las prácticas anticompetitivas, los actos unilaterales son susceptibles de configurar tanto como actos restrictivos de la competencia, como abusos de posición dominante, éstos también comprenden conductas que no suponen

<sup>94</sup> BELLO MARTÍN, CRESPO, *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, sostiene que la explotación abusiva del dominio es la que debe prohibirse, tal como lo establece el Tratado de la Comunidad Europea, cuando en su artículo 82 establece que “será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar el comercio entre los estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.”

afectar la competencia, sino aprovechar, en forma contraria al interés económico general, la ausencia de ella.

La posición de dominio ocupada por una o varias empresas se refiere necesariamente a un mercado: el denominado mercado relevante “marché en cause, relevant market.”<sup>95</sup> No es posible que haya abuso de posición dominante en abstracto, esta solo se da sobre un mercado determinado que es preciso delimitar. Por ello, en diversos ordenamientos, como el alemán o el belga, se alude a la posición de dominio sobre un determinado tipo de producto o servicio o a la posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional o del mercado común. Nuestra Ley de Competencia 528/2004 se limita a prohibir las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado; entendemos que se refiere a que cualquier empresa (social o individual), en cualquier parte del territorio nacional (total o parcial), que realice las acciones que constituyan posición de dominio, estarían comprendidas; por ello, la definición de mercado relevante en el cual se ejerce esa posición de abuso resulta esencial.

El mercado relevante,<sup>96</sup> es un elemento necesario para la determinación de la posición dominante y sus abusos; se debe determinar no sólo por el ámbito geográfico en que se actúa,

<sup>95</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005, pp. 345. La estructura de la oferta y la demanda, determina que cuanto mayor sea el número de partes que operan en un mercado, mayores tenderán a ser, por regla general, las posibilidades de que éstas actúen independientemente; y menores, las de impedir el ingreso de nuevas firmas en el mercado y de imponer determinadas condiciones sobre los competidores.

<sup>96</sup> RIBO DURÁN, LUIS, *Diccionario de Derecho Empresarial*, Barcelona Bosch, Casa Editorial, S.A., Define el mercado como la institución que concilia la demanda de los compradores y la oferta de los vendedores, de un bien o conjunto de bienes. Su ámbito puede tener corporeidad física, como un mercado municipal, por ejemplo, o extenderse al mundo entero, como el mercado financiero. La transparencia del mercado, una de las condiciones de la libre competencia, puede existir en mayor o menor grado; se produce cuando demandantes y oferentes tienen completa información sobre los precios y condiciones del mercado.

sino por los productos de que se trate. Nuestra legislación se refiere en forma general *“a la venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio, cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país.”*

La delimitación del mercado resulta complicada. Requiere, como tan a menudo sucede en esta materia, el recurso constante a conceptos económicos que no siempre satisfacen plenamente las exigencias del jurista. Se requiere además que la delimitación debe ser útil; no debe hacerse ni de forma muy estrecha porque convertiría a cada competidor en un monopolista, ni de forma muy amplia porque desaparecería, prácticamente, cualquier situación de dominio.<sup>97</sup>

Para delimitar el mercado concurren tres criterios: el criterio geográfico espacial, el criterio temporal y el criterio objetivo.

#### A) Delimitación geográfica o espacial.

Viene establecida en el artículo 6 de la LDC española y en el artículo 30 d) de la LDC salvadoreña, al indicar que la posición de dominio debe darse en todo o en parte del mercado nacional.

#### B) Delimitación temporal.

La delimitación temporal del mercado es la que de hecho suscribe menos problemas; pero no puede negársele importancia, ya que es puesta de relieve por varios autores. Es el

<sup>97</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., *Tratado de derecho de la competencia*, Barcelona, Editorial Boch, S.A., 2005, pág. 467. Sostiene que la posición de dominio de un operador económico en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio a cualquier otra característica del producto. El que un operador tenga esa aptitud dependerá de que se beneficie de una serie de circunstancias que cabe resumir en poder e independencia en el mercado, en grado suficiente como para poder adoptar sus comportamientos, sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los usuarios y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otras características del bien o servicio.

caso, por ejemplo, de los productos agrícolas que se comercializan fuera de temporada, en el que debe tomarse en cuenta al determinar el mercado relevante, un carácter general, es decir que la posición de dominio y su posible abuso deben juzgarse en relación con un tiempo o momento determinado, ya que como consecuencia de las modificaciones en las condiciones del mercado o en la estructura de las empresas, puede desaparecer la posición dominante.

### C) Delimitación objetiva.

La posición de dominio debe definirse por referencia a un determinado tipo de producto o servicio; resulta complicado este criterio, ya que determinar que productos o servicios forman parte de un mismo mercado es cuestión difícil, puesto que un error en esta delimitación puede dar lugar a un error acerca de la existencia de posición de dominio. Lo relevante a efectos de la delimitación objetiva del mercado no es tanto la identidad físico-técnica de los bienes, cuanto su igualdad económica, entendida como la posibilidad que tienen distintos bienes de satisfacer las mismas necesidades.

La Ley de la Defensa de la Competencia Española permite deducir que la posición dominante no sólo puede ser ocupada por empresas, sino por las personas físicas o jurídicas, titulares de esas empresas; además, determina un criterio que no compartimos, en el sentido de que el mercado relevante no es sólo el nacional sino que puede abarcar una o varias partes del mundo. Disentimos de dicha definición, ya que al definir posición dominante, no se refiere a un mercado relevante geográfico, sino que lo hace a un supuesto mercado indefinidamente descrito, comprendido en una o varias partes del mundo, haciéndose manifiestas la inseguridad y la falta de certeza jurídica, perdiendo el punto de referencia para determinar el ámbito que permite establecer un posición dominante.

La Ley de Competencia, recientemente aprobada en El Salvador, mediante decreto legislativo número 528, de fecha

veintiséis de noviembre de dos mil cuatro, establece que para determinar si un agente económico<sup>98</sup> tiene una posición dominante en el mercado relevante, debemos considerar lo siguiente:

- a) La participación del agente en el mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder.
- b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia y poder de sus competidores.
- d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

Dicha ley establece además que son acciones que constituyen abusos de posición dominante de un agente económico en un mercado; entre otros, los siguientes casos:

- a) La creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes.
- b) Cuando la acción tenga por finalidad limitar, impedir o desplazar en forma significativa la competencia dentro del mercado.
- c) La disminución de precios en forma sistemática por debajo de los costos, cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores, o evitar la entrada o expansión de éstos.
- d) La venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente a aquél al que se ofrece en otra parte del mismo territorio, cuando la

<sup>98</sup> RIBÓ DURÁN, L., *Diccionario de derecho empresarial*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1998, pág. 53, considera agentes económicos a las personas que intervienen en un sistema económico, participando en la producción, el consumo, el trabajo, el ahorro, la inversión.

intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país.

Si bien es cierto que nuestra recién aprobada Ley de Competencia establece cuándo se goza de una posición dominante, es necesario enumerar algunas circunstancias que también deben ser consideradas con el fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado tales como la sustituibilidad, el acceso a los mercados y la práctica restrictiva.

1. La sustituibilidad: Debemos dejar a salvo lo expresado por diversos autores respecto de que al hablar de posición dominante no se debe contar con la posibilidad de sustituir los bienes, objeto de la producción de quien goza de ella; queda entonces para el intérprete la determinación acerca de si el concepto de sustituible, implica la posibilidad de que el consumidor pueda adquirir en el mercado un bien idéntico, o si bastaría con que pueda conseguir uno similar. El problema radica también en la intercambiabilidad de los productos, lo cual presenta una cuestión de hecho que debe ser juzgada caso por caso.
2. En cuanto a las barreras del mercado, cabe destacar que aquí intervienen múltiples circunstancias. El concepto hace referencia a los problemas que encuentran las empresas para introducirse en determinado mercado. Estos problemas pueden ser consecuencia, entre otras razones, de leyes que dispongan esa obstaculización. La existencia de barreras de ingreso al mercado pueden traducirse en obstáculos para determinadas empresas para ingresar y permanecer en un mercado determinado; asimismo, dichos obstáculos pueden ser utilizados por parte de las empresas que ya se hallan en el mercado, para configurar situaciones de abuso de posición dominante.

3. La cuestión de la unilateralidad en la fijación del precio nos aproxima aún más al monopolio, que a la situación de posición dominante.<sup>99</sup>

La restricción del abastecimiento de un bien o de un suministro único en el mercado supone una infracción que deriva del monopolio que le da sustento y constituye una falta grave en materia de derecho económico que puede llevar, según el caso, a sanciones mayores.

La Ley mejicana define el control del mercado al regular las concentraciones, y el núcleo es el transcrito al definir los monopolios así: una empresa se halla en posición dominante *cuando tiene el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder*; para que se perfeccione esta posición dominante, debe ejercerse ese poder sobre un mercado relevante para cuya definición se considerara el bien o servicio producido, prestado o comercializado, así: a) la posibilidad de sustitución de él por otro de origen nacional y extranjero y el tiempo requerido para acceder al bien sustituto; b) el costo de los insumos y de distribución del bien, de sus complementos y de sus sustitutos de otras regiones y del extranjero); c) los costos y probabilidades de los consumidores de recurrir a otros mercados; y d) las restricciones que operan en los otros mercados y que pueden limitar el acceso a ellos.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Antimonopólico y de Defensa de La Competencia*, Buenos Aires, Heliasta, 1983, pp. 660 y 661. Expresa que en lo relativo a la determinación y aplicación del concepto de la posición dominante, es posible realizar su comparación con el monopolio sin perjuicio de las dificultades que plantea toda comparación entre conceptos; se puede observar que el de posición dominante presenta una amplitud mayor que el de monopolio.

<sup>100</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., - GONZÁLEZ ORUZ, J. M., *Tratado de Derecho de La Competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005, pp. 468 y ss. dice que es necesario destacar en el proceso de creación doctrinal, sobre el

## 20. La experiencia comunitaria y el Mercosur

Es importante dejar sentado que entre las implicancias del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), creado por el Tratado de Asunción, suscrito entre Argentina, Brasil Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991, está la libre circulación de bienes y servicios y el compromiso de los Estados miembros de armonizar sus legislaciones relacionadas con esa libre circulación de bienes y servicios. Este principio trae a la superficie, entre otras cosas, la problemática relativa a las prácticas contrarias a la libre competencia y la penalización de ellas.

Se trata de evitar prácticas económicas que llevan a monopolios u oligopolios no naturales, en el entendimiento de que la libre concurrencia genera una economía más saludable y más benéfica para el pueblo en general.

Ejemplificando hipotéticamente, se trataría de enfrentar el problema de una empresa paraguaya que vende un producto a una uruguaya y después se niega a venderle piezas y repuestos para ese producto. O el de una empresa brasileña que vende un producto a una firma argentina, y posteriormente autoriza con exclusividad a determinado representante para prestar la asistencia técnica relacionada con ese producto, eliminando así la competencia entre prestadores de servicios de la Argentina. Hay muchos otros ejemplos más obvios, como el caso del

---

concepto, así como el de acercamiento y homologación al mismo por parte del TDC, cuyos grandes jalones, en uno y otro caso, han quedado dibujados, hace referencia al elemento que se ha ido decantando como la clave definitoria de la posición dominante de una empresa en el mercado, y por ello el componente esencial de la misma es su independencia de comportamiento en ese mercado. Sólo desde una relativa independencia de comportamiento respecto de competidores, proveedores y clientes resultará hacedera una posición de dominio en el mercado, mientras que sin esa independencia, aunque la empresa abarque gran parte de dicho mercado, no podrá actuar en él al margen de las leyes de la oferta y la demanda, y el precio o cualquier otra característica del producto vendrán determinados por las fuerzas del mercado y no por una decisión unilateral de la empresa en su propio provecho, que es lo que consustancialmente está en condiciones de ocurrir cuando la empresa detenta una posición de dominio en el mercado.

“dumping”, que básicamente consiste en vender por parte de la empresa vendedora, bienes con precios por debajo de los fijados en el país de la empresa vendedora.

## 20.1 La experiencia de la Comunidad Europea

En la Comunidad Europea, que constituye el ejemplo más acabado de mercado común, la competencia entre las empresas sobrepasó las fronteras nacionales y pasó a operar en el ámbito comunitario más amplio. Esto puede ocurrir, al menos en parte, en forma previsible y deseable en la esfera del Mercosur.<sup>101</sup>

El Tratado de Roma, que instituyó la Comunidad Económica Europea, contiene en sus Arts. 85 y 86 reglas sobre la competencia entre las empresas de los Estados miembros. El Art. 85 describe las prácticas incompatibles con el mercado europeo, y son aquellas que impiden o dificultan la libre competencia entre empresas. El Art. 86, por su parte, prohíbe el uso abusivo de una posición dominante (lo que se puede denominar liderazgo de mercado).

Para aplicar las normas relativas a la competencia entre empresas de los países integrantes de la Comunidad existe el Tribunal de Justicia de la CE, que es realmente un tribunal comunitario.

La experiencia europea, bien exitosa, permite la libre circulación de bienes y servicios entre los países del mercado común, estableciendo la libre competencia como regla fundamental y previendo una forma de solución de conflictos entre personas de distintos países.

<sup>101</sup> FONT GALÁN, J. I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pp. 26 y ss. Sostiene que en la Comunidad Europea la competencia tiene una función selectiva, ya que sólo sobreviven las empresas más aptas en el mercado ampliado, y una punción de instrumentación de la práctica económica comunitaria, con una insistente y decidida opción por la economía de mercado como antídoto contra crisis económicas.

## 20.2. El Mercosur y la libre competencia

El Tratado de Asunción no contiene disposiciones semejantes a la de los Arts. 85 y 86 del Tratado de Roma, pero cabe interpretar que la libre circulación de bienes y servicios, prevista en el Tratado de Asunción, implica la garantía de la libre competencia.

El Art. 1 del Tratado de Asunción (capítulo sobre propósitos, principios e instrumentos) establece que el mercado común implica, entre otros aspectos, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías, y de cualquier otra medida equivalente.

La existencia de actividades económicas contrarias a la libre competencia involucra, necesariamente, el impedimento a la libre circulación de bienes y servicios, tanto en la esfera nacional como en el ámbito más amplio de una comunidad económica formada por varios países. Esta es una premisa básica, y en este caso los países involucrados, en particular Brasil y Argentina, que tienen legislaciones punitivas de las actividades económicas contrarias a la libre competencia. Solo queda aplicarlas en el ámbito ampliado de la comunidad económica establecida.

Esas prácticas económicas contrarias a la libre competencia son exactamente aquellas que, en un mercado razonablemente libre, crean condiciones de dominio del mercado (que la legislación argentina, al igual que la de la CE, llaman posición dominante) con eliminación de la competencia mediante el uso abusivo de ese dominio. Ese uso abusivo acaba por provocar condiciones de monopolio u oligopolio cartelizado, con las obvias consecuencias perjudiciales.

Las legislaciones de Brasil y Argentina son bastante claras, tienden a evitar y sancionar las prácticas contrarias a la libre competencia. Es interesante verificar cómo cada una de ellas

trata los siguientes ejemplos de actividades contrarias a la libre concurrencia:

1. Práctica de precios depredatorios: sujeción de la venta de un producto o la prestación de un servicio, a la venta de otro producto, o a la prestación de otro servicio (práctica denominada de “ventas atadas”).<sup>102</sup>
2. La imposición de condiciones discriminatorias o clientes similares, diferenciándolos y provocando condiciones desiguales de competencia (los precios, los plazos o las condiciones diferentes alteran las condiciones de competencia entre clientes).
3. Negativa de venta, cuando ella no sea de uso normal en la actividad económica, sino que tenga por objetivo alterar las condiciones de concurrencia.
4. La terminación o la interrupción de la producción o del suministro al mercado, de determinados productos, aunque el hecho, aisladamente, sea legal.
5. Fijación de precios uniformes entre varios competidores, eliminándose así la competencia entre ellos con relación al precio.
6. Acumulación de la dirección, gerencia y administración (es decir de la capacidad decisoria) de empresas competidoras, aunque aparentemente las personas sean distintas.
7. Acaparamiento o retención de bienes, de modo de provocar escasez u oscilación artificial de precios.

<sup>102</sup> CARBAJALES, M: O: - MARCHESINI, D., *Teoría y Práctica de La Defensa de la Competencia*, Villela Editor, Buenos Aires, 2002, p. 148. Las cláusulas atadas, a diferencia de otros acuerdos horizontales, no requieren de acción concertada, pueden realizarlas una sola persona (física o jurídica). Este tipo de conductas serán ilícitas cuando la prestación suplementaria que se impone no guarde ninguna relación, ni en los usos comerciales ni por motivos técnicos, con la prestación principal. Si son ilegales o no, dependerá de diversos factores como son el propósito o el efecto de tales cláusulas sobre el comercio.

8. Creación de dificultades para la constitución o el funcionamiento de empresas.
9. Formación de cárteles.

Sin embargo, estas hipótesis son solo ejemplos de actividades económicas contrarias a la libre competencia, porque no pueden concebirse o encuadrarse en una enumeración taxativa.

## 21. La legislación argentina

La Ley 22.262, del 1 de agosto de 1980, de la cual más adelante haremos un estudio mucho más amplio, llamada Ley de Defensa de la Competencia, establece en su Art. 1 que “están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.”

El Art. 41 de esta ley define de manera obviamente ejemplificativa los actos y conductas que deben ser reprimidos siempre que encuadren en el Art. 1.

Para aplicar medidas represivas a esas actividades contrarias a la libre competencia, el Art. 6 dispone que “créase en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.”

Las sanciones están establecidas en el Art. 42 y pueden consistir en: a) multas, que pueden llegar hasta el doble del beneficio pecuniario ilícitamente obtenido por prácticas anticompetitivas; b) privación de la libertad, sólo aplicable judicialmente, según lo dispuesto por el Art. 32; y c) inhabilitación temporaria para ejercer el comercio.

## 21.1. Legislación brasileña

En el Brasil, el Art. 1 de la Ley 8158, del 8 de enero de 1991, llamada Ley de Defensa de la Concurrencia, establece que compete a la Secretaría Nacional de Derecho Económico del Ministerio de Justicia, elaborar y proponer las medidas necesarias con el fin de corregir anomalías de comportamiento de sectores económicos, empresas o establecimientos, así como de sus administradores y controladores, capaces de perturbar o afectar, directa o indirectamente, los mecanismos de formación de precios, la libre concurrencia, la libertad de iniciativa, o los principios constitucionales de orden económico.

Los Arts. 2 y 3 de la misma Ley presentan de manera obviamente ejemplificativa las distorsiones que deben ser evitadas. Como el Art. 23 de esta Ley dispone que serán mantenidas las normas definidoras de ilícitos y las sanciones que contiene la Ley 4137, del 10 de septiembre de 1962, así como las de otros cuerpos legales relativos a prácticas de abuso de poder económico, cabe señalar que se mantienen en vigor el Art. 21 de la Ley 4137, en la parte que define los actos constitutivos de abuso de poder económico, y los incisos I y II del Art. 1 de la Ley 8002, del 14 de marzo de 1990, que estableció como punibles la negativa de venta y las llamadas “ventas atadas.”

Con la lectura de las normas relacionadas, es posible percibir que la definición de lo que constituye una actividad reprochable para la Ley de Defensa de la Concurrencia, ésta, a pesar de ser ejemplificativa, es repetida en textos legales superpuestos y concurrentemente vigentes. En el caso de las prácticas conocidas como negativa de venta y ventas atadas, cuyas prohibiciones están repetidas en los tres textos legales que definen actividades punibles, ello no perjudica en nada la determinación del concepto porque la tipificación es meramente ejemplificativa.

Según el Art. 7 de la Ley de Defensa de la Concurrencia, si la SNDE entiende que el reclamo es procedente, enviará el expediente al CADE, que es un órgano eminentemente deliberativo, según lo dispone el Art. 8 de esa Ley, y la instrucción de los procesos es realizada en la SNDE, conforme al Art. 5 de la misma.

Es importante destacar lo que la Ley brasileña dispone, en el Art. 10, respecto de la consulta: “todos los interesados podrán consultar a la SNDE o al CADE sobre la legitimidad de los actos susceptibles de producir restricción de la competencia o concentración económica”, la respuesta es vinculante para la SNDE o para el CADE.

Las sanciones aplicables por la SNDE o por el CADE, pueden ser multa, intervención y hasta desapropiación. Tanto la intervención como la desapropiación pueden ser propuestas por la autoridad administrativa, pero decididas judicialmente.<sup>103</sup>

## **21.2. Brasil y Argentina: análisis comparativo**

Las situaciones descritas en el subepígrafe anterior pueden ser calificadas como ejemplos de actividad empresarial contraria a la libre competencia, y por tanto, evitables o punibles, tratadas en forma semejante en las legislaciones brasileña y argentina.

La diferencia más marcada entre la descripción de las prácticas evitables y punibles en las dos legislaciones, radica en que la legislación argentina muestra una preocupación prioritaria con el acuerdo entre empresas (acciones concertadas), mientras que la brasileña abarca no solamente los acuerdos sino también las acciones individuales.

### **A) Precios depredatorios.**

En Brasil, la práctica de precios depredatorios encuentra reacción expresa en la línea a) del Art. 2 de la Ley de Defensa

<sup>103</sup> Ley 8158, Art. 12, párrafos 1 y 2, y Art. 15, ley 4137, Art. s. 51 y ss.

de la Concurrencia “Fijación de precios de bienes y servicios por debajo de los respectivos costos de producción” y no en el inciso XIII del Art. 3 de esta ley que dice: “Vender mercaderías o prestar servicios sin margen de ganancia, con el objeto de dominación del mercado.”

El CADE, en la sesión del 7 de mayo de 1987, interpretó que una central de cooperativas rurales estaba practicando precios de predatorios porque, valiéndose de incentivos fiscales, producía pesticidas agrícolas a precios sustancialmente más bajos que los de sus competidores. Mientras suministraba esos productos a sus asociados, la central aludida estaba cumpliendo su función específica, pero en determinado momento pasó a vender esos pesticidas en el mercado con precios sustancialmente bajos.

En la república Argentina no se registra, aparentemente, preocupación con la posibilidad de que haya precios depredatorios, a no ser que estos resulten de un acuerdo entre empresas. Así resulta del inciso a) del Art. 41 de la Ley de Defensa de la Competencia: “Fijar, determinar, o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios de un mercado.”

#### B) Ventas atadas.

En Brasil la venta atada encuentra sanción en el inc. VIII del Art. 3 de la Ley de Defensa de la Concurrencia: “Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro, o en la utilización de un servicio; o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro, o a la adquisición de un bien.” En términos casi idénticos se expresan la Ley 4137, de 1962, en su Art. 2, inc. IV, línea b; y la Ley 8082, de 1990, en su Art. 1, inc. II.

El tema, si bien es cierto que ha sido intensamente legislado, está sujeto a innumerables interpretaciones nuevas, especialmente frente al desarrollo de los sistemas de distribución, de los contratos de franquicia (*franchising*), y otros que la inventiva empresarial puede generar.

En Argentina las llamadas ventas atadas están previstas en el inc. d) del Art. 41 de la Ley, que dice: “Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos.”

C) Imposición de condiciones discriminatorias a clientes similares.

Está prevista en el Brasil, en la línea a del inc. IV del Art. 2 de la Ley 4137, de 1962, que expresa: “Discriminación de precios entre compradores o entre vendedores, o fijación discriminatoria de prestación de servicios.” Así, por ejemplo, si habiendo condiciones inflacionarias, una concesionaria de distribución de energía eléctrica, al suministrarla a industrias electrointensivas competidoras, establece fechas de lectura de consumos y de cobranza diferentes, estará creando condiciones discriminatorias entre esos competidores, porque ante aumentos de tarifa uniformes en un determinado día del mes calendario, se crearán diferencias de costos para las distintas empresas.

También esta materia puede ser considerada como prevista en Argentina, aunque de manera más genérica según el inc. f) del Art. 41 de la ley: “Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores.”

D) Negativa de venta.

La negativa de venta ésta prevista en Brasil en el inc. VII del Art. 3 de la Ley de Defensa de la Concurrencia: “Rehusarse, injustificadamente, a la venta de bienes o a la prestación de servicios, dentro de condiciones de pago normales a los usos y prácticas comerciales”; también el inciso I del Art.1 de la Ley 8002, de 1990: “Rehusar la venta de mercaderías directamente a quien se dispusiera a adquirirla mediante pronto pago, salvo los casos de intermediación regulados por leyes especiales.”

Se hace necesario aquí considerar con mucha atención los mercados regulados aunque en Brasil sólo el mercado automotor está enteramente regulado por ley, y también los sistemas de distribución adoptados por las empresas, que deben estar de acuerdo con los usos y costumbres comerciales para no impedir el acceso al mercado de los competidores.

El CADE, en la sesión del 17 de noviembre de 1988 interpretó que una determinada industria de bienes de consumo no podía negarse a vender piezas a comercios y prestadores autónomos de servicios por los mismos precios aplicados, por la industria incriminada, en sus propios servicios de asistencia técnica y de mantenimiento. Tal negativa impediría la concurrencia de los prestadores autónomos de servicios y establecería el monopolio de la mencionada industria en la prestación de servicios.

En Argentina la negativa de venta está prevista en el inc. g) del Art. 421 de la ley, así: “Negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate.”

E) Abandono de la producción o de la distribución.

La terminación o interrupción de la producción o de la distribución en la República Federativa de Brasil, está prevista en la línea c) del Inc., III del Art.2 de la Ley 4137, de 1962, al expresar “retención en condiciones de provocar escasez de bienes de producción o de consumo.”

En Argentina la extinción o la interrupción de la producción y distribución están previstas en el inc. J del Art. 41 de la Ley de Defensa de la Competencia, así: “Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales, o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada.”

#### F) Fijación de precios uniformes.

En Brasil la fijación de precios uniformes está prevista en la línea a, inc. I del Art. 2 de la Ley 4137, de 1962, que dice: “Ajuste o acuerdo entre empresas, o entre personas vinculadas a tales empresas o intensadas en el objeto de su actividades.” El ejemplo posiblemente más evidente de la fijación de precios uniformes es el de los aranceles establecidos por las asociaciones de clase, inclusive las de profesiones liberales, cuya obligatoriedad elimina la competencia relativa a precios.

En Argentina, la fijación de precios uniformes figura en el inc. A del Art. 41 de la Ley, que dice: “fijar, determinar o hacer variar directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios de un mercado.”

#### G) Acaparamiento o retención de bienes.

En Brasil está previsto en el inc. XII del Art. 3 de la ley de defensa de la competencia, así: “Destruir, inutilizar o acaparar, sin necesidad justificada, materias primas, productos intermedios o terminados, así como destruir o inutilizar equipos destinados a producirlos, distribuirlos, transportarlos; o dificultar su operación.”

En Argentina, el acaparamiento y la retención de bienes es una práctica prevista expresamente en la Ley de Defensa de la Competencia, aunque se puede acreditar que tales actividades están habitualmente acompañadas de otras descritas en la Ley como ilícitas, especialmente las incluidas en el inc. D del Art. 41, así: “Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores.”

#### H) Creación de dificultades a las empresas.

En Brasil, la creación de dificultades para la constitución, funcionamiento o desarrollo de las empresas está prevista en el inc. XVI del Art.3 de la ley de defensa de la competencia. El ejemplo más conocido de aplicación de esta norma fue un episodio llamado “guerra de las garrafas”, cuando una empresa

envasadora de refrigerantes adquirió en el mercado garrafas reusables de una empresa competidora y las destruyó. Ello impidió que la firma afectada pudiera abastecer normalmente el mercado consumidor, por falta de garrafas, conformándose así una forma abusiva de eliminar competencia.<sup>104</sup>

En Argentina, la creación de dificultades para constituir, desarrollar y hacer funcionar empresas está prevista en el inc. F del Art. 41 de la Ley: “impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores.”

Formación de cárteles.

El inc. III del Art. 3 de la Ley de Defensa de la Concurrencia Brasileña establece como práctica abusiva: “Dividirse los mercados de productos terminados o semiterminados, o de servicios, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o productos intermedios.”

En Argentina el inc. “e” del Art. 41 de la Ley prevé como práctica abusiva: “Celebrar o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento.”

## 22. Las fusiones

La fusión de sociedades en el derecho mercantil es la unión de dos o más sociedades que amalgaman sus patrimonios sin necesidad de previa liquidación, agrupan sus socios respectivos y forman una sola sociedad. Cuando la fusión tiene lugar entre sociedades del mismo tipo, se habla de fusión homogénea, siendo la de sociedades anónimas la más habitual. En otros casos se habla de fusión heterogénea o fusión mixta. La sociedad resultante de la fusión, aunque suele ser una sociedad anónima, cabe que sea una sociedad personalista. No es nece-

<sup>104</sup> Diario Oficial da Uniao, 2/10/74, p. 11.256.

sario que para poder fusionarse, las sociedades interesadas posean sus respectivos objetos sociales idénticos. La fusión por absorción es una modalidad de fusión societaria, en la que dos o más sociedades deciden juntar sus patrimonios y reunir sus socios en una de ellas, que será la sociedad absorbente. Esta es la única de las intervinientes en esta clase de fusión que subsistirá; la otra u otras, se extinguirán por disolución y sus respectivos patrimonios, sin liquidación, serán transmitidos por sucesión universal a la sociedad absorbente que, debidamente modificada en sus magnitud (en general, su capital se incrementa por efecto de la fusión) inicie una nueva andadura. En todo caso, y al igual que en la fusión creación, en la absorción societaria se produce únicamente de patrimonios, de socios y de relaciones jurídicas por efecto de la extinción de una o más sociedades fusionadas. La fusión creación, denominada también fusión por creación o fusión por constitución, es por la que dos o más sociedades se unen, previa disolución pero no-liquidación, para formar una nueva sociedad hasta ahora inexistente.

Las sociedades fusionadas desaparecen por extinción, transmitiendo sus respectivos patrimonios a la sociedad de nueva creación. Esta se convierte así en sucesora a título universal de todos los bienes, derechos y obligaciones de las anteriores sociedades. La sociedad resultante de la fusión reúne a todos los socios de las fusionadas, a los que canjeará sus antiguas acciones por las de la nueva sociedad en los términos previstos para la fusión. Este canje se hace extensivo a las cuotas o participaciones sociales, según los tipos societarios intervinientes.<sup>105</sup>

<sup>105</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005, p. 9. Una vez que dos empresas han integrado sus operaciones, no es posible fácilmente volver a separarlas con el fin de que operen en forma independiente. Superar la integración ya producida puede ser difícil, imposible o muy oneroso, razón por la cual como táctica universal es la de impedir las restricciones estructurales

Las fusiones son actos con efectos estructurales sobre la competencia, que suelen tener una magnitud económica importante, ello justifica la adopción de precauciones que, aunque costosas para el Estado y para los particulares, pueden estar justificadas en casos de gran magnitud, pero no en casos pequeños, como suelen ser los de tipo dinámico. Este tipo de conducta afecta la estructura competitiva y los casos en que una empresa opera en un mercado cuya estructura permite y favorece la restricción de la competencia, es evidente que la existencia de tales estructuras es, de por sí, lícita, si bien puede dar lugar a actos anticompetitivos punibles,<sup>106</sup> y constituye uno de los elementos esenciales de los abusos de posición dominante.

Las conductas que afectan la libre competencia pueden tener efecto sobre los aspectos dinámicos o sobre los elementos estructurales de la competencia, ya que ésta está relacionada estrechamente con el mercado, puesto que la competencia es posible en el marco de la interacción entre oferta y demanda, que define al mercado; por tanto, los efectos directos sobre la competencia sólo pueden configurarse en la medida en que se altere el funcionamiento de alguno de los aspectos del mercado, es decir que las conductas que inciden sobre los aspectos estructurales de la competencia suponen modificar los elementos que permiten, a su vez, la existencia de la libre competencia en los mercados. Cualquier conducta con efectos estructurales afectará la identidad de los propietarios de las empresas que operan en cierto sector, el número de éstas o la independencia de sus respectivas administraciones, y toda

---

sobre la competencia antes que se consoliden y se tornen en consecuencia relativamente irreversibles.

<sup>106</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Argentina*, Editorial Heliasta, 2005, p. 9. La imposición de operaciones vinculadas y la obstaculización del acceso al mercado de competidores depende en gran medida del poder económico ejercido por las empresas establecidas y la concentración imperante en el mercado afectado.

modificación en las relaciones entre las firmas que operan en el mercado afectado tendrán, a su vez, efectos sobre el comportamiento de éste, que son los que en definitiva buscan dirigir las legislaciones regulatorias de la competencia.

En estos casos puede producirse una integración estrecha y durable entre las distintas empresas participantes en el mercado; estos actos son susceptibles de crear economías de escala y de integración, que no serán aceptables en actos con efectos puramente dinámicos sobre la competencia. Estas economías integradas pueden llevar a que un acto que en caso contrario sería ilícito, por anticompetitivo, sea válido por sus efectos positivos sobre la eficiencia económica. Los actos con efectos estructurales sobre la competencia tienen efectos sobre la competencia, que no son fácilmente superables o reversibles.

La centralización por la fusión de empresas es uno de los mecanismos más utilizados para acceder a una posición dominante en el mercado, en algunos de los cuales se utilizó como medio de evadir las prohibiciones de acuerdos colusivos inter empresarial.<sup>107</sup>

Esto sucedió en los Estados Unidos en el período de 1870 a 1905, en el cual diversos factores tecnológicos y de mercado llevaron a intensificar las fusiones; la sanción de la Ley Sherman Act en 1890 prohibió las colusiones restrictivas de la competencia, siendo interpretados los negocios en el mundo como un incentivo a las fusiones. Es a partir de la decisión “Northern Securities”, que se interpreta como prohibitiva de las fusiones, cuando de ellas deriva el control monopólico del mercado. Sin

<sup>107</sup> SOTO, Ricardo Alonso, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 279 y ss. Sostiene que en la mayoría de legislaciones europeas y latinoamericanas que cuentan con las regulaciones pertinentes, prohíben estas prácticas en virtud de que los empresarios muchas veces toman acuerdos, decisiones convenientes o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, con el único objeto de producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

embargo, el principal proceso de fusiones que vivió la sociedad norteamericana ya se había verificado y las primeras aplicaciones de la ley, orientadas a restringirlas, además de ser tibias no presionaron la disolución de las ya realizadas.

No siempre las fusiones<sup>108</sup> tienen por objeto lograr posiciones oligopólicas o monopólicas, pudiéndose citar como excepciones destacadas: a) la búsqueda de una mayor eficiencia competitiva de pequeñas y medianas empresas que pretenden acceder en mejores condiciones a mercados controlados por grandes empresas; b) respuestas a presiones gubernamentales que consideran negativa una excesiva atomización de ciertos mercados (habitual en el mercado financiero); c) la absorción por grandes empresas de otras más pequeñas con graves dificultades financieras o con serios atrasos tecnológicos; y d) las fusiones parciales de sectores (comercialización generalmente) de las empresas para responder a la reducción del mercado o a la reducción de protecciones gubernamentales que obligan a mayor competitividad. Esta última es una respuesta que se está incrementando en los países de mediano desarrollo en la década de los años 80, en especial a partir de la crisis derivada de las presiones del endeudamiento externo. Es muy difícil controlar los efectos negativos de un mercado oligopólico, si bien la legislación se orienta cada vez más a facilitar la aplicación de las normas Antitrust sin exigir la prueba documental de las concertaciones.

<sup>108</sup> NAZAR ESPECHE, F. A., *Defensa de la competencia*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2001, p.51. Sostiene que siempre que se produce una situación de control, se halla la fusión. Esta comprende el accionar de dos o más sociedades que establecen la transmisión del total del patrimonio de una o varias sociedades a favor de una tercera, en estos casos de concentración societaria se deben efectuar estas distinciones a) la fusión jurídicamente establecida por la Ley de Sociedades; y b) el agrupamiento de varias sociedades que desarrollan una política común.

Detectar los actos colusivos, investigarlos y reprimirlos generalmente no deriva en acciones retroactivas que compensen a los damnificados en particular o a las alteraciones producidas en la economía, ya que el agudo proceso de fusiones ha repercutido en la estructura empresarial norteamericana hasta nuestros días, además de que resulta difícil la misma investigación. Se trata de acciones en las cuales los damnificados están muy lejos de conocer las causas primeras de los perjuicios concretos que sufren, y en muchos casos ni siquiera conocen que están sufriendo perjuicios, pues ignoran la trama de los mercados. Los consumidores ignoran generalmente a qué se debe que en su localidad se ofrezcan sólo algunas marcas de ciertas mercancías, y es seguro que la falta de competencia no la atribuyen a una asignación de zonas geográficas por parte de empresas oligopólicas. Por todo esto, atacar el problema de raíz y vigilar las fusiones que pueden llevar a disminuir la competencia o, en la situación más grave, a eliminarla, es una buena estrategia de técnica jurídica que se ha intentado en el derecho positivo comparado.

El derecho, en consecuencia, debe establecer un sistema de control o supervisión sobre las fusiones de empresas en sus diversas manifestaciones formales; pero ello no implica que deba o pueda prohibir todo tipo de fusiones, sino sólo aquellas que derivan en una deducción sustancial de la competencia.

Las primeras disposiciones a este respecto correspondieron a la legislación norteamericana ya citada (Sherman Act) de fines del siglo XIX, siendo más precisa la Clayton Act, que hace referencia directa a las fusiones, prohibiéndolas cuando reducen sustancialmente la competencia, sin necesidad de que hubieran producido daños concretos y aún en aquellos casos en que las fusiones pudieran derivar en una mayor eficiencia competitiva o en mayor productividad.

Una forma de controlar con cierta eficiencia las fusiones es obligar a las firmas a informar con suficiente antelación sobre ellas, mecanismo incorporado en la nueva L.F.C.E., de México, siendo obligatoria cuando la operación rebase un monto determinado (12 millones del salario mínimo), o cuando la operación implique la acumulación por parte de una empresa del 35 % o más de otra que venda al año más del equivalentes a 12 millones del salario mínimo, o cuando participen dos o más agentes económicos cuyos activos sumen más del equivalente a 48 millones de veces del salario mínimo y la transacción implique una acumulación adicional de activos o capital superior a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo. La ley no contempla como indicador el hecho de que del negocio derive el control de una cuota sustantiva del mercado. Las autoridades administrativas y judiciales están en condiciones de autorizar las fusiones si consideran que no implican reducir sustancialmente la competencia o que no afectarán el comportamiento del mercado.

La L.F.C.E. define la concentración como la fusión adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos, y se prohíben aquellas cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados; se consideran indicios de que se cumplen los elementos subjetivos (el objeto o efecto) de que la unidad resultante logre una posición dominante en el mercado relevante, ya sea que esta tenga o pueda tener por objeto desplazar a otros agentes económicos o impedirles el acceso al mercado relevante, y también tenga por objeto o efecto, facilitar sustancialmente el ejercicio de prácticas monopólicas, además de que establece

que la Comisión Federal de Competencia podrá imponer condiciones a la fusión u ordenar la desconcentración parcial o total.

Al analizar el tema de la fusión no debemos confundir fusión societaria con concentración de empresas, aunque resulta claro que no se puede desconocer que por la vía jurídica en materia de sociedades comerciales dos o más sociedades llegan a su unión, y con ella a la unión de las empresas de las cuales son titulares. Algunos autores han preferido reservar el término “concentración de empresas” al fenómeno en virtud del cual las empresas se agrupan, coordinada o subordinadamente, pero con subsistencia de la pluralidad de organizaciones y con la separación jurídica de las diversas sociedades que la integran; sin embargo, al analizar la fusión y su relación con la concentración de empresas, se ha destacado que “resulta indudable que la concentración no lleva consigo la integración de los capitales de las sociedades agrupadas, al menos desde un punto de vista formal; en tanto que en la fusión los capitales sociales se confunden total y jurídicamente bajo una titularidad jurídica. Más adelante nos referiremos con mayor detenimiento a las concentraciones.

La concentración empresarial puede resultar de la desaparición de oferentes, sea mediante su liquidación, cese de operaciones o cambio de actividades en el sector evaluado, cuyas condiciones operatorias, niveles de costos y precios, y tamaño inicial, hayan impedido el ingreso de nuevos competidores, de costos de oportunidad imputables a la inversión necesaria. En estos últimos supuestos la concentración empresarial no sólo no es el resultado de maniobras anticompetitivas, sino que responde al propio desarrollo de las fuerzas competitivas que las distintas leyes de la competencia deben buscar proteger, e incluso deben coexistir con otras normas dirigidas a lograr una mayor concentración en diversos sectores, como mecanismos

para mejorar su eficiencia, como son las que fomentan la reestructuración de diversos sectores industriales.<sup>109</sup>

Entre los principales casos de actos con efectos estructurales sobre la competencia tenemos:

- a) Fusiones.
- b) Compras de acciones u otras participaciones de capital por una sociedad competidora, abastecedora o cliente. Cuando la unificación del control de las empresas que forman parte del acto de concentración sea un efecto necesario de este tipo de adquisiciones, en la medida en que estas excedan de cierta proporción del capital. Cuando la sociedad adquirente es competidora se tratará de una conducta con efectos estructurales sobre la competencia de naturaleza horizontal, y vertical cuando aquélla sea cliente o abastecedora.
- c) Compra de los activos de una empresa por una sociedad competidora, abastecedora o cliente. Los efectos económicos de este tipo de conducta son sustancialmente iguales a los correspondientes al caso descrito en el literal b).
- d) Compras de acciones, participaciones de capital o activos por una persona que ejerce el control sobre otras empresas competidoras, abastecedoras o cliente. También en este caso se da una concentración similar a la descrita en el literal b), con la particularidad de que la unificación del control de diversas firmas se produce en la cabeza de una persona jurídicamente distinta de éstas.
- e) Sociedades holding. Constituyen una variante de la categoría que se describe en el literal d); estas suponen

<sup>109</sup> Bajo el Derecho estadounidense, el Art. 7. de la Ley Clayton contempla expresamente las adquisiciones de acciones u otras partes de capital, pero las conductas con efectos estructurales sobre la competencia pueden también resultar sancionables bajo el Art. 1. de la Ley Sherman.

utilizar una determinada sociedad comercial para controlar otras empresas a través de la tenencia de acciones u otras participaciones de capital en manos de tal sociedad.

- f) Participaciones recíprocas. Este tipo de estructura de participación no supone necesariamente una interferencia en el control de las sociedades afectadas; ha sido frecuentemente utilizado con ese propósito, sin perjuicio de su ilicitud frente a las normas de Derecho Societario.<sup>110</sup> Directorios u otros órganos de administración comunes. En este caso se observan ciertos elementos ajenos a una alteración estructural de la competencia. Obviamente la participación de una persona en diversos órganos de administración de sociedades competidoras o vinculadas verticalmente, será un medio particularmente idóneo para evitar toda competencia entre ellas y permitir la perfecta concertación de sus conductas. Sin embargo debemos tomar en cuenta que los órganos de administración vinculados pueden suponer una integración superficial entre las empresas conectadas, susceptible de desaparecer en virtud de un cambio de relaciones entre determinado individuo y uno o más grupos de accionistas.
- g) Operaciones en relación con los derechos políticos derivados de acciones u otras participaciones societarias. La unificación del control de una pluralidad de sociedades puede lograrse mediante operaciones tales como sindicaciones de acciones, mandatos, usufructos y depósitos, en virtud de los cuales se lleva a cabo una

<sup>110</sup> DARAMAS PELÁEZ, M, *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972, pp. 157 y ss. En estos supuestos una sociedad A ostenta acciones de otra B, y ésta, a su vez, posee en su cartera acciones de A conforme a la esquemática de este autor, este tipo de estructuras no supone necesariamente una interferencia en el control de las sociedades afectadas.

escisión ente los derechos económicos y políticos derivados de la propiedad de participaciones societarias. La efectividad de este tipo de actos depende en gran medida de las normas de Derecho Societario o Civil que fijen plazos máximos u otros tipos de limitaciones, aspectos de actos jurídicos necesarios a tales fines.

- h) Empresas conjunta. Hay una gran variedad de categorías de actos de Derecho Privado que pueden encuadrar dentro de este concepto; se refieren a conductas con efectos estructurales sobre la competencia, como inversiones conjuntas que suponen la formación de una empresa en la que participan dos o mas sociedades preexistentes, sean o no competidoras entre sí, y que mantienen su existencia independiente y destinan a la nueva empresa sólo una parte no sustancial de sus activos.
- i) En este tipo de casos los efectos estructurales sobre la competencia se manifiestan especialmente a través del obstáculo que en los hechos suponen las empresas conjuntas, para el ingreso en el sector donde ellas operan, de la firmas que forman parte de esas formas asociativas; estas son sinónimas de la expresión inglesa "joint venture."<sup>111</sup>
- j) Formación de conglomerados. Constituye éste un tipo de concentración empresarial característico de los Estados Unidos; pero se pone de manifiesto, con creciente frecuencia, en otros países, incluso en El Salvador. En estos casos la unificación de una pluralidad de empresas,

<sup>111</sup> El Joint Venture es la empresa conjunta, formada mediante la participación de distintas firmas que destinan parte de sus activos para realizar una operación especulativa, manteniendo relativamente inalteradas sus restantes operaciones. La empresa formada para realizar una operación conjunta ha de tener propósitos determinados y limitados, y puede adoptar diversas estructuras jurídicas, ya sea mediante sociedades comerciales regulares.

bajo una dirección única, no tiene lugar entre firmas que compiten entre sí o que se encuentran sustancialmente ligadas por vínculos verticales, sino que reúne a sociedades que operan en mercados relativamente independientes entre sí o pueden formarse por empresas que operan en el sector bursátil, financiero, seguro y otros. Este tipo de concentraciones es el que menor impacto presenta sobre la competencia, no obstante ha dado lugar a importantes procesos en los Estados Unidos.

- k) Contratos de administración y dirección. Pueden existir dificultades para distinguir los efectos estructurales sobre la competencia respecto de su limitación directa. Mediante la celebración de contratos, una sociedad puede transferir parte de sus actividades de administración y dirección a favor de un tercero, en la medida en que sea admisible bajo la legislación societaria, de cada país. Este tipo de operaciones puede responder a razones técnicas valederas; pero también puede ser una forma de evitar toda competencia entre las empresas que resultan vinculadas.

### **23. Metodología en materia de regulaciones de los actos con efectos estructurales sobre la competencia**

En las diferentes materias del Derecho de Defensa de la Competencia existe un amplio consenso respecto de las reglas aplicables para lograr las metas de esa disciplina jurídica, así como una prolongada tradición de aplicación de ciertos instrumentos regulatorios; sin embargo, no es así en materia de las concentraciones económicas y otros actos con efectos estructurales sobre la competencia.

Hay dos aspectos fundamentales en las que se manifiestan discordancias en lo relativo al enfoque aplicable en materia de actos con efectos estructurales. La primera se refiere al criterio

para evaluar dichos actos. En décadas pasadas estos actos fueron vistos como susceptibles de restringir la competencia, debido a sus efectos prácticamente irreversibles y a la total anulación de la independencia empresaria entre las entidades objeto de esos actos; de ahí que se considerara que tales actos entrañaban de por sí un riesgo anticompetitivo, que no se encontraba presente en los actos con efectos puramente dinámicos sobre la competencia.

Esta tendencia tuvo múltiples manifestaciones en el Derecho Positivo. Dos ejemplos de ello los encontramos en la jurisprudencia estadounidense que, en cierto período, consideró que todas las fusiones horizontales, o sea las que tienen lugar entre empresas que compiten entre sí en el mismo mercado, eran ilícitas, aunque la participación de las empresas fusionadas en el mercado afectado fuera pequeña, plasmando en la Ley 25.156 la prohibición de “las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”; dicha tendencia se revirtió a partir de la década de los años setenta, mediante una tendencia doctrinal admitida posteriormente por la referida jurisprudencia, que entendió que las fusiones y otros actos de concentración económica, lejos de merecer un tratamiento especialmente limitativo bajo el Derecho Monopólico, requieren una evaluación favorable, considerando sus efectos favorables sobre la eficiencia empresarial. Si las fusiones son susceptibles de tener efectos negativos, ello se debe a factores dinámicos, tal como los acuerdos anticompetitivos de los que posteriormente participan las empresas fusionadas o los obstáculos creados para el ingreso de nuevas empresas en el mercado en que operan dichas empresas.

El segundo aspecto en el que han existido importantes discordancias es el relativo al procedimiento para el control

de las fusiones y otras concentraciones económicas. Bajo el régimen antimonopolico estadounidense no existía un control previo de esas operaciones. Sin embargo, los costos de revertir una concentración económica, una vez producida, han llevado, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea a un sistema de control previo de algunas concentraciones económicas; sin embargo, no existe consenso sobre cual debe ser la amplitud y la obligatoriedad de este control previo.

Las metodologías básicas utilizadas en los Estados Unidos y la Unión Europea en materia de fusiones son:

a) Estados Unidos. En sus orígenes, el Derecho Antitrust estadounidense daba a las fusiones<sup>112</sup> y demás actos con efectos estructurales sobre la competencia, un tratamiento común con los demás susceptibles de afectar la competencia. La Ley Clayton, al ser reformada en 1950, modificó este enfoque, estableciendo un criterio especial para las fusiones y para las adquisiciones de acciones y otros activos. Conforme a dicha Ley, el artículo 7 establece que las fusiones y adquisiciones están prohibidas en la medida en que, en una rama del comercio en cualquier sección del país, puedan debilitar la competencia o tender a crear un monopolio. Se advierte en esta disposición, la intención de obstaculizar las fusiones no solo en cuanto tengan un efecto anticompetitivo inmediato, sino en cuanto puedan manifestar una tendencia hacia tal efecto. La interpretación de este aspecto de la Ley Clayton ha sido una de las principales fuentes de dificultades en materia de aplicación del Derecho estadounidense a las fusiones y otras concentraciones.

Posteriormente, en el año 1976, la llamada Ley Hart -Scott-Rodino introdujo un artículo 7 a la Ley Clayton, en virtud del cual

<sup>112</sup> SULLIVAN L. A. y GRIMES W .S., Antitrust, Saint Paúl, 1977, pp. 751 y ss. En el Derecho Antitrust estadounidense el concepto de fusión (merger) tiene una amplitud mayor que el ámbito societario, pues comprende no sólo las fusiones propiamente dichas, sino también cualquier adquisición de acciones o activos de otras empresas, tal que produzca la integración.

ciertas fusiones y adquisiciones de significativa trascendencia deben ser notificadas a la Comisión Federal de Comercio y a la División Antitrust del Departamento de Justicia antes de ser concertadas. Estos organismos deben aprobar o desaprobar el acto dentro de cierto plazo, y tal acto no puede consumarse antes de contarse con la aprobación de los organismos competentes o de expirar determinados plazos.

Otra particularidad del Derecho estadounidense en materia de fusiones y adquisiciones es el dictado de lineamiento “guidelines”, mediante el cual los organismos de aplicación exteriorizan la posición que adoptarán respecto de distintos tipos de actos. Existen así lineamientos en materia de fusiones horizontales, elaborados conjuntamente por el Departamento Justicia y la Comisión Federal de Comercio, y lineamientos en materia de fusiones verticales y de conglomerado, elaborados por el Departamento de Justicia.<sup>113</sup>

En materia de empresas conjuntas y otros actos con efectos estructurales no comprendidos en el concepto de fusión, el Derecho estadounidense aplica las reglas generales de la Ley Sherman y de la legislación antitrust de ese país. En el pasado, ciertos lineamientos elaborados por las autoridades estadounidenses respecto de diferentes materias tenían aplicabilidad en el campo de la formación de empresas conjuntas. Sin embargo, en la actualidad sólo existen normas especiales y lineamientos aplicables respecto de ciertos casos especiales de actos estructurales que no configuran la fusión entre empresas.

En la práctica estadounidense se ha destacado un aspecto importante y ha sido el de las oscilaciones en cuanto a la polí-

<sup>113</sup> SULLIVAN L. A. - GRIMES W .S., *Antitrust*, Saint Paúl, 1977, pp. 537 y ss., Los lineamientos relacionados significan, en principio, sólo una toma de posición respecto de las acciones que tomarán los organismos que los emiten. Sin embargo, tienen una influencia que cabe calificar como doctrinal y que incide también en la solución que la jurisprudencia da a los casos que inician otras personas.

tica, particularmente de los órganos administrativos, respecto de los criterios de permisibilidad. Han existido períodos en que las fusiones horizontales han sido prácticamente imposibles y las verticales severamente restringidas, y otros en que prácticamente todas las fusiones han sido consideradas como operaciones deseables. El Órgano Judicial ha adoptado una posición más prudente y menos fluctuante.

b) Unión Europea. El Tratado de Roma no incluye normas específicas en materia de fusiones y otras concentraciones, dejando ello a las autoridades comunitarias frente a dos alternativas: tratar dichos actos como un posible supuesto de restricción a la competencia, ilícitos, bajo el artículo 85 del citado Tratado, o considerarlos como posibles abusos de posición dominante. Las autoridades europeas, a partir del caso *Continental Can*<sup>114</sup>, optaron por el segundo enfoque, es decir considerarlos abusos de posición dominante; considerándolo como un enfoque menos desafortunado, su fundamento, conforme al Tribunal Europeo de Justicia se encuentra en que las fusiones y concentraciones son ilícitas cuando una empresa en posición dominante busca reforzar esa posición mediante la fusión o concentración. Pero con ello se omiten múltiples problemas de las fusiones y concentraciones, que encontrarían respuesta al darse tratamiento a estos actos mediante la figura de restricción a la competencia. La posibilidad de que la fusión sea un mecanismo para que una empresa sin posición dominante adquiera tal posición, en los casos en que las concentraciones tienen efectos restrictivos sobre la competencia, pero sin llegar al nivel de restricción característico de las posiciones dominantes, la evaluación de las fusiones y concentraciones en función de sus efectos sobre la competencia, efectos que en el Tratado de Roma contempla explícitamente el artículo 85 y no en efectos de una situación

<sup>114</sup> *Europemballage Corp. y Continental Can Co. Inc. v. Commission*, European Court Reports, 1973, p, 215.

en que la competencia se encuentre ya restringida como es característico en los abusos de posiciones dominantes.

El enfoque de las fusiones y otras concentraciones bajo el régimen del Tratado de Roma y de los tratados que han sustituido a aquél se ha convertido en gran medida en teoría, a partir de la posición adoptada por los organismos europeos desde 1989. En ese año el Consejo adoptó el Reglamento 4064/89. Este reglamento, junto con sus modificaciones y normas complementarias, constituye la base del régimen europeo en materia de fusiones y concentraciones, y confiere a la comisión europea amplias atribuciones en cuanto a la aprobación y prohibición de los mencionados actos. Este reglamento mantiene la posición de que la ilicitud de las fusiones y adquisiciones deben enfocarse en función de la figura de posición dominante. El considerando 14 de dicho reglamento señala que se debe sentar el principio de que las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, que permitan a las empresas alcanzar una posición o reforzar la ya existente, de la que resulte un obstáculo significativo para una competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, deben ser declaradas incompatibles con el mercado común. Sin embargo, el considerando 6 del mismo reglamento amplía, acertadamente, el fundamento del régimen europeo de fusiones y concentraciones, remitiendo al artículo 86 del Tratado de Roma, al 85 y a otras disposiciones del mismo tratado.

El artículo 2 del mencionado Reglamento 4064/89 establece ciertos elementos que deben ser tomados en cuenta por la Comisión para evaluar las concentraciones sujetas a control; tales son: a) la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la comunidad; b) la posición en el mercado de las empresas

participantes, su fortaleza económica y financiera; c) la posibilidad de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro a los mercados; d) la existencia de hecho o de derecho de obstáculos al acceso a dichos mercados, e) la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate; f) los intereses de los consumidores intermedios y finales; y g) la evolución del progreso técnico o económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

El análisis se basa en el impacto de la concentración sobre la competencia de los mercados afectados y sobre ella, se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial de éste. Por el contrario, se declaran incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para la competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial de éste. Por el contrario, se declararán incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de éste.<sup>115</sup>

Existen algunos métodos de aproximación para identificar la posición dominante. En general parten de un análisis estructural del mercado y de la posición en el mismo de la empresa

<sup>115</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005, pp. 18 y ss. De conformidad a la necesidad existente de que haya un control o evaluación de las concentraciones económicas, debe determinarse cuáles eran sus efectos sobre la competencia y establecerse en qué medida la concentración era conveniente o inconveniente para la eficiencia del sistema económico y consiguientemente para el interés económico general.

considerada. En ocasiones se estudia el comportamiento de la empresa en cuestión y el de sus competidores. Ocasionalmente se analiza también la posible dependencia en que se encuentra la víctima del supuesto abuso respecto de la empresa investigada. El primero es un análisis que se lleva a cabo normalmente en todos los casos, mientras que el segundo y el tercero son habitualmente complementarios del primero.

Tres son los métodos de aproximación que se conocen, para determinar la existencia de una posición de dominio: a) Análisis estructural; b) Análisis conductista; y c) Análisis de dependencia.

### **23.1. Análisis estructural**

Los criterios estructurales son los más utilizados para determinar la existencia de una posición de dominio, en especial el Tribunal de Justicia Europea lo utilizó desde 1978, en la sentencia “United Brands”, cuando declaró que la investigación sobre si una empresa está en posición de dominio, debe de examinarse en primer lugar su estructura y después la situación competencial en el mercado, y añadió que “la existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores, que considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes.”

Los factores que el Tribunal de Justicia Europeo considera relevantes para el análisis son los siguientes: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y ventas, tecnología e integración vertical. Y en cuanto a lo relativo a factores de situación competencial en el mercado, la sentencia señala que hay que tomar en cuenta lo siguiente: número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precio y barreras de entrada.

Por lo que respecta a los recursos y métodos de producción, es importante su análisis porque una exclusividad de los mismos

constituiría indicio de ciertas independencias de comportamiento en el mercado. Sería lo mismo la existencia de exclusividad del embalaje. El análisis de los métodos de transporte y venta cobra importancia porque del mismo se derivará el conocimiento sobre si la empresa tiene una red propia de distribución o depende de terceros, con diferentes resultados para su supuesta independencia de comportamiento en el mercado, en uno u otro supuesto. El grado de integración vertical está muy relacionado con los aspectos comerciales que se han considerado; el desarrollo tecnológico de la empresa tiene relevancia cuando ésta maneja una tecnología avanzada o exclusiva, lo que podría implicar una ventaja en relación con los competidores en el mercado.

Respecto a los factores de cuota de mercado y las barreras de entrada cabe decir que es importante considerar tanto a los competidores reales, que ofrecen el mismo producto al de la empresa investigada, como a los competidores potenciales que, ofertando en la actualidad distinto producto, pueden sin embargo, pasar a producir el mismo sin grandes costes; es lo que se conoce técnicamente como sustituibilidad en la oferta. Los precios de la empresa investigada deben compararse con los practicados por los competidores, sobre todo por los más fuertes. También deberán relacionarse con los precios vigentes en otros mercados geográficos en los que las condiciones de la competencia sean semejantes.<sup>116</sup>

## **23.2. Cuota de mercado**

Dentro del análisis estructural, el examen de la cuota de mercado cobra particular interés, cuyo tamaño suele ser la primera aproximación que se hace en las pesquisas para determinar

<sup>116</sup> PASCUAL SEQUEROS, A., "Revista de Derecho Mercantil", España, 2000, p.98, comentó la sentencia Bacaardí.

si una empresa ostenta una posición dominante. No porque alta cuota de mercado sea asimilable a posición de dominio, o cuota baja a que no tenga esa posición. Esto lo advirtió, por primera vez en 1965, la comisión europea en memorando sobre el problema de las concentraciones en el Mercado Común, cuando dijo: “La dominación del mercado no puede ser únicamente definida a partir de la porción de mercado que posee una empresa. Una empresa puede disponer de una posición dominante, incluso si su parte del mercado es débil.”

La prioridad en el examen de la cuota de mercado es una necesidad que, sin embargo, deriva del hecho de que una alta cuota de mercado es altamente significativa, como dijo el Tribunal de Justicia Europeo en la sentencia “Hoffmann La Roche (vitgaminasf)” del 13 de febrero de 1979, por lo que cuando la cuota de mercado resulte elevada, es obligado profundizar en el análisis por ver si, como la elevada cuota parece sugerir, en ella se refleja una posición de dominio en el mercado. La sentencia “Alsatgel C. Novassam” reitera la doctrina según la cual, si bien la importancia de la cuota de mercado puede constituir un indicio significativo de la existencia de una posición dominante, no es necesariamente un factor determinante de ello, sino que debe valorarse junto con otros factores.

En relación con la cuota de mercado, como factor a tomar en cuenta para determinar si una empresa dispone de una posición de dominio, hay un aspecto de gran importancia: la perspectiva dinámica con la que la cuota de mercado ha de ser considerada. El criterio de la Comisión europea, por resolución de MSG, del 9 de noviembre de 1944, dijo que la existencia del monopolio en un mercado de futuro, que únicamente comienza a desarrollarse, no constituye una posición de dominio si dicho mercado permanece abierto a la competencia, porque el monopolio es temporal.

La posición del Tribunal Español de Defensa de la Competencia considera, respecto al papel asignable a la cuota de mercado en la investigación de una posición de dominio, que ha sido desigual en el tiempo, distinguiéndose dos etapas que conforman, respectivamente, el periodo de la represión de prácticas restrictivas de la competencia en 1963 y el período de aplicación de la vigente Ley de Defensa de la Competencia de 1989.

Durante la primera de las etapas, dado la definición de posición dominante incluida en la Ley, prevaleció la idea, en los pronunciamientos del tribunal de Defensa de la Competencia, de que la cuota de mercado era el elemento esencial y definitorio de la posición de dominio. Así, en la sentencia cervezas del 13 de enero de 1974, el TDC afirmaba que era necesario para que existiera una posición dominante, que la empresa en cuestión fuera la única oferente en el mercado, o que, sin serlo, no estuviera sometida a una competencia sustancial; en este caso concreto el TDC estimó que la denuncia carecía de posición de dominio propiamente por ser su cuota de mercado inferior a la que ostentaba la denunciante.

En 1991, con la nueva Ley de Defensa de la Competencia en vigor, y careciendo ya de respaldo legal el antiguo concepto de posición de dominio que regía en la legislación española de la competencia, el TDC comienza a despojar de importancia la cuota de mercado, y va otorgando a este elemento una importancia relativa, como la que le corresponde.<sup>117</sup>

<sup>117</sup> Resolución Mapfre del 23 de marzo de 1991, donde el Tribunal de Competencia afirmaba que el sobreseimiento del expediente contra la empresa denunciada Mapfre, que el Servicio de Defensa de la Competencia que había llevado a cabo sobre la base de la misma, carecía de posición dominante al tener una cuota de mercado muy baja, y debía rectificarse puesto que la cuota de mercado no podía valuarse de manera aislada, sino en relación con la cuota del resto de los competidores.

### 23.3. Barreras de entrada

Las cuotas de mercado pueden estabilizarse cuando se dificulta el acceso al mercado de terceros que desean competir con las empresas ya establecidas. A las dificultades y costes asociados que una empresa tiene que salvar para entrar en un sector económico se les denomina genéricamente barreras de entrada.

Las modalidades de barrera de entrada son las siguientes:

- a. Los obstáculos legales y administrativos, entre los que se pueden contar: la existencia de patentes y marcas o cualesquiera otros derechos de propiedad industrial, la existencia de un monopolio legal y la exigencia de autorización para el ejercicio de la actividad.
  - b. Las inversiones necesarias de capital para crear la empresa que pueda entrar en el nuevo sector.
  - c. Los costes de adaptación de las estructuras productivas y costes de adiestramiento del personal a la nueva actividad.
  - d. Las economías de escala o ahorro en los costes medios unitarios, que se obtienen al elevar el volumen de la producción, que frenan o dificultan el acceso al sector de nuevas empresas por el gran tamaño inicial con que habría de establecerse.
  - e. La diferenciación existe del producto de las empresas establecidas, cuando éstas cuentan con marcas propias y una clientela real.
  - f. La dificultad de acceso a los canales de distribución.
- Todas estas modalidades de barreras de entrada pueden agruparse en dos bloques: las barreras legales y las barreras de mercado, siendo estas últimas consustan-

ciales con la actividad de las empresas en el mismo, factores legales o institucionales al margen.<sup>118</sup>

## 24. Análisis conductista

En el año de 1965 se hizo público el memorándum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común; la comisión le atribuye al comportamiento de la empresa y de sus competidores una importancia de primer orden para dilucidar si existe una posición de dominio. Es en términos de comportamiento en el mercado, principalmente por la capacidad de la empresa, el de ejercer una influencia en el mismo, como la Comisión definía allí la posición de dominio<sup>119</sup> según el memorándum.

## 25. Análisis de dependencia

El concepto de dependencia ha sido utilizado en diversas ocasiones por la Comisión Europea en diversos expedientes incoados por el artículo 82 del Tratado para caracterizar como tal el vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el contratante obligatorio de la otra.

Ejemplo de este análisis fue la decisión “General Motors”, del 19 de diciembre de 1974, en donde la Comisión consideró que

<sup>118</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., - GONZÁLEZ ORUS, J. M, *Tratado de Derecho de la competencia*, Barcelona, 2005, p. 474. La actitud de los economistas es diversa frente a estos dos tipos de barreras. En un extremo aparecen quienes consideran que basta, para que existan barreras de entrada, con que los entrantes en el sector deban incurrir en costes que las empresas ya establecidas no tienen que soportar. En el otro extremo están los que defienden que sólo se puede hablar propiamente de barreras de entrada cuando existen barreras legales o administrativas.

<sup>119</sup> MEMORÁNDUM, COMISIÓN EUROPEA 1966. El dominio del mercado es, en primer término, un poder económico, es decir la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y, en principio, previsible para la empresa dominante. Esa facultad influye sobre el comportamiento y las deducciones económicas de otras empresas, sea o no utilizada en un sentido determinado. Una empresa que puede eliminar, en el momento que lo desee, a las demás empresas competidoras del mercado, puede ya disponer de una posición dominante y determinar de manera decisiva el comportamiento de las otras empresas.

esta empresa disponía en Bélgica de una posición dominante al estar cualquier importador paralelo belga obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pueda circular en Bélgica.<sup>120</sup> En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia Europeo en la Sentencia “British Leyland” del 11 de septiembre de 1986, que señala expresamente la existencia de una situación de dependencia económica característica de una posición dominante.

La doctrina científica se divide en este asunto. Para unos, la dificultad de aplicar el análisis estructural, cuando resulta arduo definir el mercado relevante, aconseja, si se dan las circunstancias, adoptar el concepto de dependencia económica como una concepción relativa de la posición dominante. Para otros, el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los competidores, sino más bien a la competencia. Por ello, cuando la situación de dependencia resulta de las circunstancias intrínsecas de una empresa, tales como la importancia relativa del volumen de negocios realizados con la contratante o la larga duración de las relaciones, no se considera adecuado utilizar la figura del abuso de posición dominante para paliar las dificultades que pudiera suponer para ella una interrupción de tales relaciones. Incluso, cuando la dependencia resultase de circunstancias extrínsecas, sería preciso tener en cuenta que el hecho de que una empresa sea el contratante obligatorio de otra no excluye que esté sometida a la presión competitiva de otras empresas. Los detractores señalan que el hecho de que el comprador de una máquina dependa de su vendedor para el suministro de piezas de recambio, no impide que el vendedor se arriesgue a perder clientes de nuevas máquinas si el servicio de mantenimiento no se presta satisfactoriamente.

<sup>120</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., - GONZÁLEZ ORUS, J. M, Tratado de Derecho de la Competencia, Barcelona, 2005, p. 477. El mercado relevante definido por la Comisión fue, en este caso, el de los certificados de conformidad para vehículos General Motors importados paralelamente en Bélgica.

## 26. Posición dominante legal

La generalidad que afecta la prohibición del abuso de posición dominante en España y en la Comunidad Europea, cualesquiera que sean los operadores económicos que las lleven a cabo, implica que la prohibición también rija para la posición dominante que ha sido otorgada por Ley, es decir la denominada posición de dominio legal.

La prohibición del abuso de posición de dominio legal plantea la interesante cuestión de la eventual responsabilidad del Estado ante una explotación abusiva de la misma. Desde tres supuestos distintos puede contemplarse esta eventualidad.

El primer supuesto sería el configurado por una empresa que, habiendo obtenido mediante ley una posición de dominio en el mercado, abusa de ella por su sola voluntad. En este caso, habría que considerar la eventual responsabilidad del Estado por su negligencia, al haber otorgado una posición de dominio en el mercado a una empresa sin haber establecido las adecuadas garantías en evitación de abusos.

El segundo supuesto correspondería a una situación en la que el Estado otorgase legalmente una posición de dominio a una empresa induciéndole a abusar de ella. Tal sería el caso que se da cuando la posición de dominio se hubiese otorgado a una empresa en un mercado conexo con otro en el que la misma empresa tuviese, a su vez, una posición de dominio previa. En este supuesto podrá derivarse para el Estado una responsabilidad que presumiblemente habría de compartir con la empresa abusiva.

El tercer supuesto sería el de una empresa a la que se le otorgara legalmente una posición de dominio que condujera inevitablemente al abuso. Se trata de un caso límite del anterior, y tal sucedería si el Estado concediese legalmente el monopolio del suministro de un bien o servicio necesario a una empresa incapaz de satisfacer la demanda existente. La responsabilidad

principal, en este supuesto, podría recaer en exclusiva sobre el Estado.

Al respecto nada dice la legislación española de defensa de la competencia; tampoco se ha referido a este tema nuestra nueva ley de competencia salvadoreña, y más bien las mismas señalan, como únicos sujetos capaces de vulnerar las respectivas legislaciones, a las empresas u operadores económicos, privados o públicos; pero nunca a los poderes públicos en el ejercicio del “ius iperi”, o que sería la condición del poder legislativo del Estado en todas las hipótesis contempladas. Tomando en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto, no parece razonable que quepa deducir de modo simplista que las eventuales acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, por ejemplo, que se emprendieran contra el Estado por este motivo, hubieren de quedar desatendidas.

## **26.1. Posición dominante y monopolio**

La posición dominante no debe ser asimilable a un monopolio; sin embargo, la letra, y el espíritu del Tratado de la Comunidad Europea o de la Ley española de Defensa de la Competencia y la misma recién aprobada ley de la Competencia salvadoreña permiten asimilar ambos conceptos.

Ya nos hemos referido con anterioridad que el elemento esencial de una posición dominante es la independencia de comportamiento, de tal forma que solo si una empresa dispone de una relativa independencia de comportamiento en el mercado, respecto de competidores, proveedores o de clientes, podrá decirse que goza de una posición de dominio, de la que abusivamente pueda beneficiarse alterando en su provecho el precio o cualquier otra característica del producto. Pero la requerida independencia de comportamiento puede no tenerla

una empresa monopolista, por varios motivos,<sup>121</sup> en el supuesto de que el monopolio sea sólo de hecho, sin amparo legal, y no haya barreras en el mercado que eviten la entrada de nuevos competidores.

Hay otro supuesto en el que un monopolio tampoco otorga a su titular una efectiva independencia de comportamiento en el mercado. Es el que se da cuando el producto monopolizado es perfectamente prescindible. Podría parecer éste un supuesto completamente teórico.<sup>122</sup> El caso sucedido se trataba de un asunto relativo al mercado de suavizante de ropa para aplicar en el proceso de lavado. Solo había una empresa que lo fabricara en Venezuela, pero al ser dicho suavizante un producto completamente prescindible en opinión de la autoridad administrativa, ésta estimó que la empresa monopolista carecía de independencia para desatender las posibles respuestas de los consumidores ante una subida de precios o cualquier otra alteración de las condiciones del producto en el mercado.

Un tercer supuesto en el que monopolio y posición de dominio pueden no coincidir es el que cabe considerar cuando las corrientes comerciales relativas al producto en cuestión son muy fluidas en el plano internacional y, aunque haya monopolio de fabricación en el interior del país, la competencia internacional puede excitarse si el monopolista local altera en su propio beneficio el precio o cualquier otra característica del producto.

<sup>121</sup> PASCUAL Y VECENTE, J., "Revista de Derecho Mercantil", nº. 245, Julio - Septiembre, Madrid, 2002, p. 1323. Esta posibilidad la contempló la Comisión española en un caso de mercado naciente, abierto a la competencia, cual fue el estudiado en la citada decisión MSG, Media Service, de 9 de noviembre de 1994, en la que opinó que se trataba de un monopolio de hecho, en el cual la empresa que temporalmente lo ostentaba carecía de independencia de comportamiento.

<sup>122</sup> PASCUAL Y VECENTE, J., "Revista de Derecho Mercantil", nº. 245, Julio - Septiembre, Madrid, 2002, p. 1323. Como tal lo concibe el autor del artículo, hasta que explicándolo al personal técnico de la venezolana Pro competencia en un curso de formación, un economista presente puso de manifiesto que ellos habían tenido un caso real como el descrito y que habían considerado que, en efecto, existía monopolio sin posición de dominio.

Este tercer supuesto, sin embargo, vería alteradas sus premisas meramente definiendo de un modo más amplio el mercado afectado; sin embargo, el Tribunal de Justicia en la sentencia “United Brands”, dijo “que no es necesario que una empresa haya eliminado toda posibilidad de competencia para estar en situación de posición dominante”; la misma justificación fue utilizada por la Comisión, tanto en su ya citado memorándum sobre el problema de las concentraciones como en sus decisiones GEMA y Continental Cam.<sup>123</sup> En el memorándum de 1965, se había apuntado que, en general, la empresa que es el principal líder en un oligopolio debía estar en posición dominante. En la Decisión GEMA del 2 de junio de 1971, la Comisión reprocha a la empresa dominante que pretenda aprovechar su posición para convertirse en monopolista. Y en la Decisión Continental Can del 9 de diciembre de 1971, la Comisión decide que la adquisición por Continental Can, con una posición dominante en el mercado común, de su principal competidor, constituía un abuso en tanto que suprimía la competencia existente.

Al respecto debe sostenerse que la perspectiva asimétrica utilizada por el Tribunal y la Comisión en los casos indicados, sólo es justificable cuando se trata de controlar comportamientos orientados a eliminar a los competidores. En opinión de quienes defienden la necesidad de esta limitación, una interpretación extensiva del concepto de posición dominante sólo cabría para considerar situaciones en las que la competencia, ya debilitada, podría ser dañada, con carácter duradero, por el comportamiento de una empresa que ostenta una posición de fuerza respecto de sus rivales; sin embargo, cuando el abuso pueda consistir en la explotación por una empresa, de su

<sup>123</sup> PASCUAL Y VECENTE, J., “Revista de Derecho Mercantil”, n.º 245, Julio-Septiembre, Madrid, 2002, p. 1323. También se puede contemplar la relación entre monopolio y posición dominante desde esa perspectiva simétrica, y consiste en considerar que no hay que llegar, ni siquiera acercarse, al monopolio para disfrutar de una posición de dominio en el mercado.

poder en perjuicio de los proveedores o de los consumidores, debiendo exigirse un grado más elevado de dominación para poder intervenir en virtud del artículo 82 del Tratado.

En el caso ventilado ante el Tribunal Español de Defensa de la Competencia, en el que puede considerarse el supuesto de una empresa de posición de dominio con monopolio legal, en la cual se dictó resolución, Gas Sabadell, del 14 de febrero de 2000, declarando no acreditado el imputado abuso de posición dominante, incluyó el siguiente fallo: *“Este Tribunal considera de interés, en su ineludible tarea de emitir mensajes claros para los operadores del mercado, aprovechar el marco de esta Resolución, en la que no han resultado acreditadas conductas abusivas de un monopolista para recomendar a las empresas con posición de dominio en los diferentes mercados, particularmente a las que ostentan monopolios legales, que extremen su celo en evitar conductas que sean o puedan parecer abusivas. Es verdad que la legislación española y la europea no prohíben las posiciones de dominio en el mercado, sino únicamente la explotación abusiva de las mismas. El principio que anida en esta concepción es que, sin barreras de entrada, la renta del monopolio es efímera y las economías de escala se transfieren pronto a los precios. En consecuencia, el abuso no es inherente al monopolio. Pero, en los monopolios legales, estas circunstancias no tienen por qué darse, ya que las barreras de entrada son, por definición, infranqueables. Esto es lo que hace que en los mismos se asigne al regulador el papel de evitar la aparición de rentas monopolistas. Pero, como el regulador no es omnisciente, las autoridades de competencia prestan en todo el mundo gran atención al comportamiento de los monopolios legales, que deben esmerarse en actuar de modo equitativo y transparente.”*

## 26.2. Posición dominante colectiva

El artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, el artículo 5 de la Ley española de Defensa de la Competencia y el artículo 30 de la Ley de Defensa de la Competencia Salvadoreña, prohíben la explotación abusiva de la posición de dominio en el mercado, tanto si esta la ostenta individualmente un operador económico, como si la ostentan conjuntamente varios. Es decir las tres normas prohíben el abuso de posición de dominio individual y colectivo.

El concepto de posición dominante colectiva, alude tanto en la doctrina como en la posición acuñada por la jurisprudencia a la situación en la que se encuentran dos o más empresas u operadores económicos de cualquier clase, cuando sin necesidad de pacto previo, la mutua adaptación de sus respectivos comportamientos les permite modificar en su propio beneficio el precio o cualquier otra característica del producto, por gozar conjuntamente de una relativa independencia de comportamiento en el mercado, ya sea con respecto de los clientes, los proveedores o los demás competidores.

El concepto de posición dominante colectiva no ha pasado inadvertido para la doctrina; y como en todo, existen detractores que sostienen que solo es posible identificar este concepto por su patología, es decir por la conducta abusiva, y que en el caso de que haya extralimitación colectiva, se manifestaría una conducta colusoria típica entre varias empresas que en forma conjunta dominan el mercado. Sin embargo, no es prudente considerar el rechazo de la posición dominante colectiva, porque los textos normativos la recogen expresamente; lo que no es óbice reconocer es que la aplicación del Derecho de la Competencia a la misma es tarea fácil.<sup>124</sup>

<sup>124</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., "Revista de Derecho Mercantil", n.º 245, Julio - Septiembre, p. 1326, Madrid, 2002. Sostiene que en abstracto, cabría considerar la posición colectiva de dominio, desde las dos perspectivas de

En la práctica, la posibilidad de aplicación en cualquiera de los campos del Derecho de la Competencia es escasa y desigual. Especialmente por un problema técnico consistente en que la literatura económica dedicada a analizar el oligopolio es un tipo de estructura de mercado en el que es más verosímil la existencia de una posición dominante colectiva, y en particular la teoría de juegos es de escasa utilidad para el Derecho, ya que meramente modeliza comportamientos probables a partir de supuestos frecuentemente irreales y siempre previsibles.

Existe además un problema con la prueba, que es difícil de hallar: la ayuda de la teoría económica es insuficiente e imposibilita la aplicación en el ámbito del Derecho represivo (sanción de conductas). Incluso esta insuficiencia teórica hace razonable la aplicación del concepto de posición dominante colectiva en el ámbito de derecho preventivo (control de concentraciones). Posiblemente, como consecuencia de esta insuficiencia teórico-económica, las legislaciones de los diferentes países son muy parcas al respecto, y las autoridades de la competencia son poco proclives a dar pautas. El resultado ha sido que no hay ningún paradigma generalmente aceptado para identificar oligopolios dominantes y diferenciarlos de las estructuras oligopolísticas competitivas.<sup>125</sup>

---

este derecho, por una parte desde el Derecho de la competencia represivo, que es el que persigue las conductas contrarias a la competencia, que la legislación prohíbe y realiza lo que se conoce como *control de conductas*, y desde la perspectiva del Derecho preventivo, que trata de evitar que se creen estructuras de mercado potencialmente peligrosas para el mantenimiento en éste, de una competencia efectiva, que realiza lo que se conoce como control de estructuras, que dota de contenido al denominado *control de concentraciones*.

<sup>125</sup> BRIONES, J., FOLGUERA J., FONT, A. - NAVARRO, E. *El Control de Concentraciones en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 195, lo destacan y asimismo señalan cómo el Departamento de Justicia y la "Federal Trade comisión" de los Estados Unidos han publicado directrices al respecto en 1992, y también las autoridades canadienses han publicado las suyas. También, que el "Bundeskart. ellant" alemán trata los oligopolios en sus directrices de 1990, para procedimientos del control de concentraciones y que la británica "Merger and Monopolies Commission", aunque ha publicado

Es importante comentar que en lo que respecta a los dos grandes bloques económicos, constituidos por los Estados Unidos y la Unión Europea, cuyo origen de sus respectivos Derechos de la competencia son distintos y consecuentemente los alcances de sus legislaciones son diversos, han llevado indudablemente a planteamientos diferenciados de uno y otro, en lo relativo a situaciones colectivas de las empresas, estructurales o de comportamiento, de las que de las mismas puedan derivar para sí rentas de monopolio.

Mientras las autoridades de Estados Unidos no consideran relevante el medio a través del cual estas rentas de monopolio se obtengan, ya sea mediante colusión expresa o tácita o, meramente, por mutua adaptación no concertada de los comportamientos, la Comisión Europea tiene la tendencia de aplicar figuras específicas, tales como colusión tácita o paralelismo consciente, para identificar el medio por el cual se establece una posición dominante colectiva. Aún cuando esas figuras no aparecen recogidas en sentido estricto en la normativa europea y son, por otra parte, harto discutibles teóricamente, el Tribunal de Justicia Europeo es poco permisivo en su aceptación. En todo caso para el Tribunal, su tratamiento del impacto de los oligopolios en la competencia, difiere según se trate de juzgar conductas (Derecho represivo) o de controlar estructuras (Derecho preventivo).

En lo referente al Derecho represivo, el Tribunal de Justicia Europeo ha exigido que esté acreditado un cierto grado de concertación explícita entre los miembros del oligopolio para constatar infracción de conformidad a los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea. En las sentencias ICI c. Comisión, Suiker Unie C. Comisión y Ahsströn & Osakeyhtiö y otros c. Comisión, el Tribunal de Justicia se enfrentaba con

---

un folleto que describe sus planteamientos sobre la evaluación de la competencia, no aborda problemas específicos del análisis de los oligopolios.

situaciones sin prueba de acuerdos entre las partes; por tanto, no cabría imputar prácticas concertadas en sentido estricto; se consideró entonces que la mera coordinación inconsciente de estrategias comerciales entre los miembros del oligopolio se sale fuera del ámbito del artículo 81 del Tratado, aunque aceptó aplicar dicho precepto a comportamientos conscientemente paralelos, siempre que existan indicios suficientes de que dicho comportamiento es el resultado de un entendimiento entre los miembros del oligopolio.<sup>126</sup> Recientemente el Tribunal, ateniéndose al texto del artículo 82 del Tratado, ha precisado más el contorno de esta figura. Quizá la más concreta de sus aproximaciones, es la sentencia República Francesa c. Comisión del 31 de marzo de 1998, donde el Tribunal señala: “Una posición dominante colectiva consiste en que varias empresas tengan conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores.”

En esta definición de posición dominante colectiva, sostenida por el Tribunal de Justicia Europea, pueden distinguirse dos elementos: por una parte, la independencia conjunta de comportamiento de las empresas respecto de competidores, clientes y consumidores, que es característica de la posición de dominio como tal; y por otra, la necesidad de una cierta correlación entre empresas que permitan tal conjunción en la independencia de comportamientos. Parece que el criterio del Tribunal de Justicia Europeo, para admitir la figura considera necesario que exista

<sup>126</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., “REVISTA DE DERECHO MERCANTIL” n.º 245, julio septiembre, 2002, p. 1328 y ss., sostiene que la doctrina del TJCE, en materia de comportamientos paralelos señala que “cuando el comportamiento paralelo pueda explicarse por razones distintas a la existencia de una concertación, no podrá presumirse una concertación de esa naturaleza.”

algún nexo entre las empresas, debido a esos factores de correlación entre ellos, que precisa en su sentencia.<sup>127</sup>

La posición de la Comisión Europea en materia de Derecho represivo tampoco ha ido más lejos. En su informe sobre el comportamiento de las empresas petroleras en la comunidad durante la crisis del otoño (invierno de 1973) estimó que al haber decidido los países árabes reducir su producción y no abastecer a Holanda, las compañías petroleras internacionales disponían colectivamente de una posición dominante en el mercado holandés, en cuyo marco cada empresa petrolera ostentaba una posición de dominio individual con respecto a sus propios clientes; sin embargo, en su Decisión ABG - Empresas petroleras en los Países Bajos, del 19 de abril de 1977, relativo a los mismos hechos, la Comisión ya no consideró que había posición dominante colectiva, sino una posición dominante individual respecto de sus clientes habituales, utilizando en esta ocasión el criterio de dependencia económica.<sup>128</sup>

El Tribunal de Justicia Europeo e incluso la Comisión, imponen unos límites bastante estrictos a la consideración de la figura de la posición dominante conjunta cuando se trata de juzgar conductas. Menos severa ha sido, en general, la posición de las autoridades europeas en materia de Derecho preventivo, esto es cuando se pronuncian en aplicación del reglamento sobre concentraciones, particularmente de la sentencia del 31 de marzo de 1998,<sup>129</sup> en la que otorgó gran discrecionalidad a la Comisión, sobre los criterios económicos que hubiera de utilizar para fundamentar las existencia de una posición colectiva de dominio, sin señalar unos criterios propios como los

<sup>127</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., ob cit., p. 1329, sostiene que esta interpretación pondría a salvo las críticas que desde la doctrina se han hecho a tan controvertida figura.

<sup>128</sup> PASCUAL Y VICENTE, J., ob cit., p. 1331.

<sup>129</sup> República Francesa c. Comisión, asuntos acumulados c-68/94 y c39/95, rec., 1998, p. 106.

adecuados. Previo a ésta, la posición de la Comisión Europea, en su Decisión Nestlé/Perrier, 22 de julio de 1992, interpretó que podía oponerse a una concentración conducente a crear una posición de dominio colectiva, y había provocado un importante debate sobre si la Comisión gozaba de tales poderes, o si el reglamento únicamente le otorgaba capacidad para prohibir concentraciones que crearan o reforzaran posiciones de dominio individual. Sin embargo con la sentencia del 31 de marzo de 1998, la política comunitaria sobre el control de concentraciones entre empresas ha incorporado definitivamente las posiciones dominantes colectivas dentro del ámbito de su aplicación.

## 27. El abuso

Ninguna de las legislaciones base de esta investigación, que son el Tratado de Comunidad Europea, la Ley Española de la Defensa de la Competencia, la recién aprobada Ley salvadoreña y las legislaciones suramericanas comentadas, han definido el concepto de abuso que prohíben en sus respectivas normativas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia Europeo, mediante su sentencia ha ido precisando el concepto, asignándole un carácter objetivo,<sup>130</sup> considerando innecesaria la existencia de una relación causal entre la posición dominante y el abuso. Dicha posición se ha mantenido y ha declarado incluso explícitamente que el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo.<sup>131</sup>

La doctrina inherente a esta concepción objetiva es que, para una empresa dominante, un comportamiento puede ser contrario al artículo 86 (actual 82), aunque no suponga el ejercicio del poder económico que le da su posición de dominio. Según esta doctrina, para poder imputar abuso de posición

<sup>130</sup> SENTENCIA Continental Can del 21 de febrero de 1973.

<sup>131</sup> SENTENCIA Hoffman La Roche del 13 de febrero de 1979.

de dominio, no es necesario que la empresa dominante aproveche que lo es para practicar una conducta explotativa sería imposible en otro caso; bastaría entonces con que la empresa dominante llevara a cabo una conducta, inocua en otro caso, pero que resultara explotativa desde su posición de dominio. En ese sentido fue la declaración contenida en la sentencia Hofman - La Roche, cuando se refiere al abuso que se da cuando *“una empresa dominante, que recurre a métodos diferentes de los que rigen una competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia.”*

Numerosas conductas pueden ser consideradas como normales para cualquier empresa en el mercado, y podrán ser adoptadas sin ningún problema por las empresas no dominantes; mientras que las mismas conductas pueden resultar prohibidas para una empresa dominante. Pero el asignarle un concepto objetivo y no causal al abuso, no excluye que sea considerado como tal también el que sea fruto de la relación de causalidad apuntada. Es decir que no es necesaria la existencia de una relación causal para que exista abuso de posición dominante; es más probable que exista abuso también cuando se explota causalmente la posición de dominio.

Del carácter objetivo con que se ha configurado el concepto de abuso, se derivan además dos consecuencias. La primera consiste en que el abuso así concebido no tiene necesariamente intención de perjudicar. La segunda, se explica en que el abuso, así considerado, no es moralmente reprochable.<sup>132</sup>

<sup>132</sup> WAELBROECK, M Y FRIGNANI, A., Sanfilippo, L., Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of article 86, European Business Law Review, 1995, p. 71.

## 27.1 Responsabilidad de la empresa dominante

De la concepción objetiva del abuso, según la cual lo es cualquier conducta que siendo inocua, practicada por una empresa cualquiera, debilitaría la competencia realizada por una empresa dominante, se deriva como consecuencia necesaria la idea de que una empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento, a la que son ajenas las empresas no dominantes. Esta doctrina de la responsabilidad especial está muy asentada en la jurisprudencia comunitaria. En la sentencia Michelin de 1981, el TJE estableció que a la empresa que ostenta una posición dominante le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.

La Comisión Europea, en su decisión Copa del Mundo de Fútbol 1998, del 20 de julio de 1999, señaló que esta responsabilidad debe evaluarse tomando en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el caso concreto, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar la situación concreta de la competencia en el mismo. De este planteamiento se deriva el hecho de que, cuando más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante.<sup>133</sup>

En España el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dejado constancia de esta doctrina en las resoluciones recientes; entre otras, las siguientes: Airtel/ Telefónica, del 26 de febrero de 1999; Polvorines, del 26 de enero de 2000; Gas Sabadell, del 14 de febrero de 2000; y Retevisión/Telefónica, del 8 de marzo de 2000; en las cuales se ha sostenido *“la necesidad*

<sup>133</sup> PASCUAL SEQUEROS, ob. cit., pp. 102, 103.

*de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.”*

De lo sostenido se deduce la actitud exigible a las empresas con posición dominante. En dicha perspectiva hay que tomar en cuenta particularmente que la competencia puede verse debilitada meramente por permanecer pasiva, anestesiando su afán de superación la empresa dominante, ante las acciones del resto de los operadores en el mercado. En las resoluciones comentadas se hace una advertencia a las empresas con una posición de dominio, para que sigan comportándose con espíritu empresarial, tratando de superarse a sí mismas y superar a los competidores.

## **27.2. Factores de licitud de comportamiento de la empresa dominante. La justificación objetiva**

El Tribunal de Justicia Europea en la sentencia “United Brands” utilizó por primera vez el término de lo razonable como baremo para medir la licitud de los actos de la empresa dominante. Se advierte que ésta debe reaccionar ante sus competidores para proteger sus intereses particulares, siempre que sea razonable hacerlo, y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar la posición de dominio que esta empresa tiene en el mercado, o no abuse, de otro modo, de su posición de dominio. En la empresa dominante debemos distinguir los comportamientos lícitos, que son los que pueden considerarse propios del espíritu competitivo que se espera de ella, y los comportamientos ilícitos, que son los que falsean la competencia en el mercado, y señala como clave para determinar la licitud de la conducta, el hecho de que ésta tenga una justificación objetiva. Acertadamente se ha dicho que la falta de justificación objetiva es una característica propia de las conductas

abusivas y una de las razones fundamentales para considerar éstas, contrarias a la competencia.<sup>134</sup>

## **28. Mercado relevante**

El concepto de mercado ha recibido un tratamiento especialmente detallado bajo el Derecho Antimonopólico de los Estados Unidos. Ha incidido en la tendencia existente en ese país a profundizar en los aspectos económicos de la regulación de la competencia, haciendo abundante uso del estudio de los efectos de las diversas conductas y normas consideradas sobre el sistema productivo, con el fin de evaluar su conformidad con los principios generales expuestos en las legislaciones correspondientes, así como también en la necesidad de definir al mercado con toda claridad en relación con ciertas figuras previstas en las diferentes legislaciones. Particularmente, la monopolización no es posible determinarla si no se precisa cuál es el mercado cuyo control se atribuye a determinada empresa. Desde este punto de vista el análisis del concepto de mercado corresponde al de la noción de posición dominante bajo la legislación comunitaria europea, es decir que se plantea diferente al del Derecho norteamericano. Sin embargo, también debe emplearse la categoría económica de mercado, con el fin de definir el encuadramiento jurídico de conductas ajenas a la monopolización. Así, para saber si una fusión tiene un impacto negativo sobre el proceso competitivo es preciso determinar si las empresas que participan son oferentes en el mismo mercado, por ello es importante definirlo.

El concepto de mercado, elaborado por el Derecho Antitrust estadounidense, debe estudiarse tomando en cuenta que éste se vincula con el poder de las empresas, de fijar los precios de

<sup>134</sup> PASCUAL SEQUEROS, A., ob.cit., pag.102.

su producción o de excluir a sus competidores, considerando a su vez como definitorio de la monopolización.

Hemos planteado que la configuración de la situación de posición dominante y los abusos que de tal posición pueden derivar, requieren de la determinación de un mercado en el cual éstos se hacen notar.

El conjunto de presiones competitivas que enfrenta una empresa determina el mercado relevante en el que opera. Este es un concepto que se ha acuñado específicamente en el ámbito del derecho de la competencia sobre la base de conceptos de análisis económico. Su razón de ser estriba en la necesidad de acotar el ámbito en el que se le imputa a una empresa, poder de mercado, dado que será con referencia a dicho ámbito donde se valoren las prácticas que ha llevado a cabo la empresa, sus efectos anticompetitivos y la necesidad de sanción.

El mercado relevante se determina en función de los productos que en él se comercializan y en la del ámbito geográfico en el cual la empresa se desenvuelve.

Definir el mercado en términos geográficos y de productos equivale a decir que si los precios fueran apreciablemente elevados o el volumen apreciablemente limitado para el producto en un área determinada, mientras que la demanda permanece constante, no cabría esperar que una oferta proveniente de otras fuentes entraría con la rapidez y en la cantidad suficiente como para restablecer el antiguo precio o volumen. Si una oferta suficiente ingresara con la necesaria rapidez desde otras áreas geográficas, entonces el mercado definido no es suficientemente amplio en términos geográficos; si una oferta suficiente ingresara con la necesaria rapidez en la forma de mercaderías provenientes de otros productores que no habían sido incluidos en el mercado de productos, originalmente definido, entonces tal mercado no es suficientemente amplio en términos de los productos definidos. Por lo tanto, el mercado relevante es el

mercado más reducido que sea lo suficientemente amplio como para que los productos de áreas adyacentes o de otros productores que actúan en la misma área, no puedan competir con paridad suficiente con aquellos incluidos en el mercado.

Para la determinación del mercado relevante de productos se debe tomar en cuenta los siguientes parámetros:

- a) El grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sean de origen nacional o extranjero, las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para realizarla.
- b) El elemento de sustituibilidad en la demanda determina qué productos son suficientemente semejantes en cuanto a su función, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otros.
- c) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; cuando un mismo producto es objeto de diferentes usos y la función del producto en una aplicación difiere de la otra, entonces dicho producto puede integrar dos mercados distintos.<sup>135</sup>
- d) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir el abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar ese poder.

El mercado relevante del producto, según interpretación de autores argentinos, busca agrupar los diversos bienes que puede presentar una competencia efectiva o potencial entre sí. Esta competencia, a su vez, se genera en existencia de

<sup>135</sup> Bellamy, Christopher, "Derecho de la competencia en el Mercado Común", Madrid, Civitas, 1992, p.510, sostiene que cuando un mismo producto se utiliza para diferentes casos y la función del producto en una aplicación difiere de la otra, entonces el producto puede estar en dos mercados de productos distintos.

sustitución por el lado de la demanda, la cual viene dada por la facilidad con la cual los consumidores pueden sustituir un bien determinado por otro que sea apto para satisfacer los mismos fines. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible en el consumo por otros bienes, entonces el poder de mercado de dichas empresas se verá limitado por la conducta de los consumidores. Ello podrá aumentar libremente el precio de su producto sin temer un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos. En definitiva, los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual lo correcto es incluirlos dentro de un mismo mercado.

Respecto del mercado relevante en función del ámbito geográfico, podemos decir que está circunscrito a un espacio en el cual las condiciones de competencia aplicables al producto de que se trate sean las mismas para todos los comerciantes.

El mercado relevante desde el punto de vista geográfico se define frecuentemente en relación con el área en que el abuso tiene efecto o en la que están situadas las personas afectadas negativamente por el mismo.

De los razonamientos expresados resulta que el concepto relevante de mercado presenta una doble dimensión: territorial, relativa al área geográfica comprendida en aquél, y cualitativa, que hace a los bienes y servicios involucrados. Existe además otro elemento que incide sobre los dos precedentes, y el temporal: cuanto mayor sea el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se trata de determinar, tanto mayor será la amplitud de tal mercado.<sup>136</sup>

<sup>136</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*, Argentina, Editorial Heliasta, 2005, p. 389. La jurisprudencia estadounidense, enfrentada con la necesidad de definir el marco en que se configura la monopolización punible bajo la legislación antitrust, ha procedido en general a describir un mercado relevante, en términos

La definición de límites supuestamente precisos para los mercados responde a la escasez de datos económicos con que debe trabajarse, lo que impide actuar sobre la base de un análisis de las elasticidades de demanda con que se enfrenta la empresa cuya conducta se evalúa y sobre enfoque seguido por la legislación antimonopólica, particularmente el artículo 2 de la Ley Sherman. Si se aplica un concepto como el de monopolización, debe tomarse en cuenta que sólo se es monopolista en un mercado definido con precisión. Además, al delimitarse en cada caso un mercado concreto y no una serie de competidores poco más o menos relevantes, se facilita la elaboración de reglas relativamente claras, a las que las empresas puedan someterse en el futuro. Al respecto, debe quedar claro que el concepto de mercado dependerá de la elasticidad cruzada de demanda, el cual, a su vez, no experimenta variaciones bruscas, sino graduales, según se van agregando nuevas empresas al marco del mercado considerado.

Respecto de la amplitud geográfica de los mercados, si bien existe una numerosa jurisprudencia desarrollada bajo la legislación antimonopólica estadounidense, su valor para otras jurisdicciones es relativo, debido a las particulares condiciones de la economía norteamericana. En muchos casos el mercado relevante ha abarcado diversos sectores regionales, mientras que en otros no excedía del marco de determinadas ciudades.<sup>137</sup>

La jurisprudencia estadounidense se muestra en general renuente a ampliar el mercado de forma de incluir a potenciales

---

de producto y territorio, restando por lo común trascendencia al hecho de que tales elementos dependen, según se expuso anteriormente, del marco temporal que se adopte, así como a que los límites aplicables a las dos dimensiones mencionadas no son absolutas, sino que suponen trazar una frontera relativamente arbitraria entre productos y zonas que inciden en mayor o menor medida sobre el productor cuyo poder de mercado se considera.

<sup>137</sup> LORAIN JOURNAL CO. V. UNITED STATES. Buena parte de los casos en que el mercado relevante era el local se relacionaban con la publicación de diarios.

competidores internacionales, tal como se advierte en un caso conocido de la empresa Alcoa; en tal sentido se tomaron en cuenta elementos tales como la posibilidad de que se imponga una protección arancelaria en caso de aumentar la oferta extranjera y, en general, la ausencia de una tradición de libertad comercial del tipo existente en mercados nacionales, lo que suele resultar en la imposición de barreras de diversa índole (arancelaria, comercial, de transporte, etc.) en lo referente a la competencia externa.

En el ámbito de la Unión Europea el análisis del concepto de mercado se ha desarrollado especialmente en relación con los abusos de posición dominante. Dado que las restricciones a la competencia se enfocan mediante la prohibición de determinados acuerdos, decisiones y prácticas concertados, no resulta necesario, en general, determinar el mercado afectado, a efectos de precisar si ha existido una conducta anticompetitiva, en tanto se cumplan las condiciones explícitamente mencionadas en el artículo 85 del Tratado de Roma, particularmente el afectar el comercio entre los Estados miembros. En relación con la determinación de la existencia de abusos de posiciones dominantes, la jurisprudencia comunitaria ha considerado que tales posiciones existen en los supuestos en que la situación económica de una empresa le permite evitar una efectiva competencia en el mercado relevante. Para determinar los límites de éste ha sido preciso establecer reglas relativas a los productos y áreas geográficas involucrados. El enfoque adoptado no difiere sustancialmente del seguido en los Estados Unidos, pues se han tomado en cuenta las características de los distintos productos, pues se han considerado las características de los distintos productos que les permiten satisfacer idénticas necesidades y ser sustituidos fácilmente por la demanda, así como las elasticidades cruzadas existentes entre ellos. En algunos casos se han adoptado posiciones más restringidas que las adoptadas por

los Estados Unidos. Un ejemplo de ello fue el caso Hugin, en el que se consideró que el mercado relevante respecto de una empresa que vendía repuestos para sus máquinas registradoras era el de los repuestos, dado que en virtud de las características de éstos, no era posible utilizar satisfactoriamente otro tipo de piezas.

La Corte de Justicia Europea ha determinado, respecto de la dimensión geográfica de los mercados, la forma de incluir a los competidores cuyas condiciones operativas son suficientemente homogéneas con las de las empresas cuya posición se evalúa, particularmente a la luz de los costos de transporte, las condiciones de comercialización y las formas habituales de operación de proveedores y consumidores. Desde el punto de vista territorial el sector relevante puede variar desde la totalidad del Mercado Común Europeo hasta el ámbito de una ciudad, pasando por mercados nacionales y regionales.

La Ley 528/2004 de El Salvador no define al mercado; sin embargo, en el artículo 28 establece criterios para la determinación del mercado relevante, entre ellos adopta la dimensión geográfica y los costos de distribución de los bienes en el territorio nacional como en el extranjero, evaluando sus características y tomando en cuenta el transporte o flete, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, así como las impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante y otros.



## CAPÍTULO QUINTO

# EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

*SUMARIO: El control de concentraciones de empresas. 29. El significado del control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho de la competencia. 30. El ámbito de aplicación del control: concepto de concentración. 31. La regulación de control de concentraciones: la concurrencia del Derecho comunitario, español y nacional: a) El criterio de dimensión comunitaria. b) La noción de empresa afectada y la forma de cálculo del volumen de negocios de las empresas que participan en la concentración. c) Las excepciones. 32. Control de concentraciones de empresas en la Unión Europea: a) Introducción. b) Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. c) Noción de concentración. d) Reglas de procedimiento. 33. El sistema español de control de las concentraciones económicas: a) Características generales del sistema. b) Concepto de Concentración. c) Ámbito de aplicación. d) Procedimiento aplicable. 34. El control de las concentraciones económicas en la Ley de Competencia salvadoreña.*

### **29. Significado del control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho de la competencia**

La concentración de las empresas se ha vuelto un fenómeno que ha alcanzando en la actualidad una extraordinaria importancia, tanto en el plano nacional de cada uno de los países como en el plano internacional. Existen varias causas

que explican este fenómeno, entre ellas destaca la globalización<sup>138</sup> de la economía y la internacionalización de los mercados y, por otra parte, la necesidad de adaptar las estructuras empresariales a esta realidad.

De conformidad con el significado en el mercado, la concentración empresarial admite una valoración de diverso signo, presentando, como en todo, inconvenientes y ventajas. Entre los inconvenientes encontramos el hecho de que constituye un factor muy importante de racionalización y dinamización de la economía y la competitividad de las empresas, logrando por este medio importantes economías de escala; y entre las ventajas, el hecho de alterar, en no pocas ocasiones, la estructura de los mercados al reducir el número de las empresas partícipes y atribuir a la empresa que resulte de la concentración un elevado poder de mercado que lo sitúa en una posición de privilegio, acabando por dificultar la existencia de una competencia eficaz.<sup>139</sup> Esto nos explica que dentro del marco del Derecho de la Competencia va cobrando especial relevancia la normativa sobre el control de las concentraciones económicas, una normativa que se apoya sustancialmente en la idea de que para garantizar la existencia de una competencia efectiva en el mercado no basta con establecer un adecuado sistema de intervención de autoridades de defensa de la competencia, a fin de evitar la existencia de cárteles o de situaciones de abuso por

<sup>138</sup> STIGLITZ J. E., *El Malestar en la Globalización*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, S. L., 2002. La Globalización causará un efecto devastador sobre los países en desarrollo, particularmente sobre los pobres, ya que la supresión de barreras al libre comercio y la mayor integración de las economías nacionales pueden resultar una fuerza benéfica y su potencial será el enriquecimiento de todos, especialmente de los pobres.

<sup>139</sup> BERCOVITZ, R., *El Control de las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, 1990, pp. 193 y ss., sostiene que no debemos extrañarnos de que una de las preocupaciones centrales de la política económica sea el establecimiento de mecanismos que permitan a los poderes públicos controlar los procesos de concentración, ni tampoco que se potencie el Derecho de la competencia como uno de los instrumentos más adecuados de llevar adelante ese control.

parte de las empresas que tienen poder de mercado; esto hace necesaria la existencia de una normativa sobre el control de los comportamientos anticompetitivos, a la que nos hemos referido en los capítulos anteriores; pero además hace necesario dotar a los sistemas de instrumentos que operen los aspectos estructurales del mercado y que permitan asegurar el mantenimiento de una competencia efectiva.<sup>140</sup>

El objetivo principal de las normas que regulan el control de las concentraciones de empresas es el de subordinar la realización de este tipo de operaciones que lleven a la consecución de una autorización administrativa otorgada en función de criterios estrictamente concurrenciales para lograr que la estructura del mercado sea lo más competitiva posible, ya que, por ejemplo, si en un mercado relevante, operan un número suficiente de empresas, dentro de las cuales ninguna tiene poder de mercado, y no existen obstáculos para la entrada de nuevas empresas, nos enfrentamos a la imposibilidad de un mercado competitivo; también es importante evitar que, a consecuencia de una operación de concentración, las empresas alcancen o refuercen su posición de dominio en el mercado, y por medio de esta posición de dominio pueden llegar a determinar el funcionamiento del mismo, imponiendo subidas de precios o condiciones comerciales no equitativas. Esto nos hace observar que la regulación planteada puede tener dos funciones: la preventiva y la ordenadora, que en lugar de ser radical y prohibir las concentraciones de empresas, trata únicamente de impedir que a consecuencia de éstas, se produzcan efectos lesivos para la competencia y para el buen funcionamiento del mercado.

<sup>140</sup> ALONSO SOTO, R., "Derecho de la Competencia, Control de las Concentraciones de empresas en España", 1990, p. 3, sostiene que para lograr dotar al sistema de instrumentos que operen sobre los aspectos estructurales del mercado y que permitan mantener esa competencia efectiva que tanto buscamos, es necesario legislar y emitir leyes sobre el control de las estructura.

### 30. El ámbito de aplicación del control: concepto de concentración

La normativa a que nos hemos referido, y cuyo objetivo es el control de las operaciones de concentración de empresas en el Derecho de la Competencia, nos indica que para determinar su ámbito de aplicación es menester definir previamente qué debemos entender por concentración de empresas.

No resulta fácil desarrollar el concepto de concentración de empresas, ya que dicho concepto no es unívoco, sino que varía dependiendo del punto de vista que se adopte al aproximarnos a él.<sup>141</sup>

La doctrina ha venido utilizando dos criterios para establecer la noción de concentración, que resultan contrapuestos entre sí: el primero de dichos criterios consiste en definir la concentración en función de los procedimientos jurídicos que se siguen para lograrla; en cambio el segundo de los criterios gravita la definición sobre los resultados alcanzados por la concentración desde un punto de vista económico. El primero de los conceptos, suele fundarse en una enumeración exhaustiva de las distintas figuras jurídicas que las empresas pueden emplear

<sup>141</sup> RIBO DURÁN.J, *Diccionario de Derecho Empresarial*, Bosch, Barcelona, 1998. En el Derecho Comunitario, la concentración de empresas es una operación que tendrá dimensión comunitaria cuando la cifra total de negocios realizada en el plano mundial por todas las empresas afectadas represente un montaje superior a los cinco millones de ECUS y la cifra total de negocios realizada individualmente en la CE por al menos dos empresas implicadas represente un montaje superior a 250 millones de ECUS. Dichas operaciones pueden ser declaradas compatibles o no con la libre competencia de la CE y de acuerdo con su legislación específica. Para ello la Comisión deberá tener presente, entre otras consideraciones, las siguientes: 1. La conveniencia de mantener y desarrollar una efectiva competencia en la CE. 2. La posición en el mercado de las empresas implicadas, así como su potencia económica y financiera. En términos generales se estima que existen operaciones de concentración cuando dos o más empresas antes independientes se fusionan. En todo caso, las operaciones de concentración de empresas, a las que pueda aplicárseles la normativa de exención, deberán notificarse a la comisión en el plazo de una semana desde la celebración del contrato o de la publicación de la oferta de compraventa.

para llevar a cabo una integración económica; por ejemplo, la fusión, la compra de acciones o participaciones de sociedades, la adquisición o intercambio de activos, o los contratos de dominación o cesión de la gestión de una empresa. Se trata de una definición con noción exclusivamente formal que presenta la ventaja de proporcionar una certeza jurídica, ya que determina con exactitud y precisión los tipos de operaciones a los que se aplicarían la normativa de control de las concentraciones; pero presenta el inconveniente de no contemplar los efectos económicos que las citadas operaciones producen sobre el mercado. El segundo de los criterios atiende a una noción de concentración que se basa fundamentalmente en los resultados económicos de la operación y no toma en consideración el procedimiento jurídico utilizado para llevarla a cabo; el elemento determinante es la pérdida de independencia económica que se produce a través de la adquisición del control de una o varias empresas por parte de otra u otras. Desde este punto de vista, lo significativo es la integración de las empresas que se concentran bajo una misma unidad de dirección, de modo que, a partir de ese momento, su política empresarial será establecida por la empresa que ha asumido el control. Este criterio es más amplio que el primero, permite además una mayor flexibilidad en su aplicación y resultado, es más eficaz desde el punto de vista de la defensa de la competencia, no obstante, reduzca en alguna medida, la seguridad jurídica.<sup>142</sup>

<sup>142</sup> SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 297, tiene la opinión de que existe preferencia por el segundo de los conceptos, porque han de reputarse operaciones de concentración a aquellas formas de integración o de relación entre empresas que permiten a alguna de ellas controlar, directa o indirectamente, a las otras o ejercer una influencia decisiva sobre la actividad de las mismas. Si bien es cierto que se trata de un concepto más económico que jurídico, en virtud de que se caracteriza por la presencia de tres elementos fundamentales: la integración de dos o más operadores económicos que anteriormente eran independientes; el establecimiento de una unidad de dirección de las empresas que se concentran, lo que conlleva, como anteriormente se ha indicado, una pérdida de su independencia económica aunque se mantenga su personalidad jurídica; y

### 31. La regulación de control de concentraciones: la concurrencia del Derecho comunitario, español y nacional

El control de las concentraciones de empresas en los países que forman parte de la unión europea se encuentra regulado en dos niveles: por una parte existe la normativa comunitaria recogida en el Reglamento (CEE) núm. 4064/89, sobre control de las operaciones de concentración de empresas, que fue modificado por el RCEE núm. 1310/97, y por otra está la legislación nacional, propia de cada uno de los países miembros de dicha comunidad; por lo que respecta a España está regulada en los artículos 14 a 18 de la Ley de Defensa de la Competencia; en lo que corresponde a El Salvador está recientemente regulada en los artículos 31 a 36 de la Ley de Competencia 528/200.

En el caso específico de la Comunidad Europea, se plantean algunas interrogantes en virtud de la realidad vivida por aquellos países que la integran, y es el hecho de cuál será la normativa aplicable a una operación de concentración que afecte al mercado nacional de un país determinado, tal como se plantearía en el caso de que resulten involucradas algunas empresas españolas.<sup>143</sup>

---

una modificación estructural de las empresas que se concentran, de carácter permanente y duradero, que afectará por lo general, a la propiedad.

<sup>143</sup> SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 299, sostiene que en esta materia, a diferencia de lo sucedido con las normas sobre la competencia aplicables a las empresas, contenidas en el Tratado de la Comunidad Europea, respecto al reparto o la atribución de competencias entre la Comisión Europea y las Autoridades nacionales de Defensa de la competencia es muy claro y no ha generado ninguna discusión. El Reglamento comunitario establece la competencia exclusiva de la Comisión Europea para proceder al control de las operaciones de concentraciones de empresas que tengan una dimensión comunitaria y la obligación de los Estados miembros de respetar esta atribución y abstenerse de aplicar su legislación nacional a dichas operaciones (Art. .21). Las legislaciones nacionales, por el contrario, serán de aplicación a aquellas otras operaciones de concentración de empresas de carácter exclusivamente nacional, y también, a las de carácter comunitario que, sin embargo, no alcancen los umbrales establecidos en el Reglamento.

Se han establecido algunos elementos para ser considerados a efecto de determinar la normativa aplicable en caso de presentarse dicha operación de concentración; y son los siguientes:

a) El criterio de dimensión comunitaria.

Para determinar cuándo una operación de concentración de empresas tiene “*Dimensión comunitaria*” el Reglamento ha optado, por la fijación de requisitos cuantitativos, que se establecen además en función de las cifras de negocios de las empresas afectadas por la operación de concentración, en lugar de hacerlo por referencia a otros criterios más abstractos como, por ejemplo, la existencia o el predominio de un interés comunitario; y de otro, por la introducción del requisito de que la concentración afecte realmente a los intercambios intracomunitarios, el cual opera como criterio corrector del anterior. Desde este punto de vista se entiende que una operación de concentración alcanza una dimensión comunitaria cuando concurren, con carácter acumulativo los siguientes requisitos: 1) Que el volumen de negocios a escala mundial del conjunto de las empresas afectadas por la operación de concentración supere los 5000 millones de euros. 2) Que el volumen total de negocios, realizado individualmente en el territorio de la Unión Europea, por al menos en dos de las empresas afectadas por la concentración, supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de las dos terceras partes de su volumen total de negocios en la Comunidad en un mismo Estado miembro (Art.1 del RCEE núm. 4064/80). Dichos requisitos han sido ampliados por el reglamento (CEE) núm. 1310/97.<sup>144</sup>

<sup>144</sup> SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 299. Dicha ampliación se ha plasmado en el sentido de que una operación de concentración que no alcance tales umbrales, tendrá también la dimensión comunitaria solo cuando se den las siguientes circunstancias: 1) Que el volumen total de negocios a escala mundial del conjunto de las empresas

- b) La noción de empresa afectada y la forma de cálculo del volumen de negocios de las empresas que participan en las concentraciones.

Para determinar con exactitud la dimensión comunitaria en las operaciones de concentración, es necesario realizar algunas precisiones sobre el concepto de empresa afectada y la fórmula de cálculo del volumen de negocios.

Por empresa afectada debemos entender que se trata de aquella que se convierte en partícipe de la operación de concentración. Ejemplo: La fusión. Se consideran empresas afectadas las fusionadas; pero si se trata de adquisiciones de activos de otras empresas, la parte vendedora no tendrá dicha consideración (Art. 5.2). En los supuestos de adquisición o toma del control, será este concepto el que determinará qué empresas son las afectadas, comprendiéndose entre ellas, las empresas que adquieran el control exclusivo o conjunto, y las empresas o las partes de las mismas que queden sometidas a dicho control. Cuando se trate de grupos de empresas, deberán considerarse también empresas afectadas, a partir del cálculo del volumen de negocios, es decir todas aquellas empresas en las que se concentra, disponga, directa o indirectamente, de más de la mitad de su capital o de alguna de las siguientes facultades: el poder ejecutar la mayoría de los derechos de voto, el poder designar a más de la mitad de los miembros de los órganos de administración o dirección de una empresa o el poder de

---

afectadas supere los 2.500 millones de euros. 2) Que el volumen total de negocios del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de por lo menos, tres Estados miembros superen los 100 millones de euros. 3) Que al menos en esos tres Estados, el volumen de negocios individualizados de por lo menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros. 4) Todo ello, salvo que cada una de las empresas afectadas realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su cifra total de negocios en la comunidad.

dirigir las actividades de dicha empresa, es decir que tenga la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre aquella.<sup>145</sup>

En cuanto al cálculo del volumen de negocios de las empresas afectadas por la operación de concentración es necesario indicar que el Reglamento comunitario contiene una serie de criterios entre los que se destacan los siguientes: 1) Que para la determinación contable del volumen de negocios de las empresas afectadas habrá que tomar en consideración los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios que constituyan sus actividades ordinarias correspondientes al último ejercicio económico. Ha de tomarse también en cuenta, las reglas especiales para el cálculo del volumen de negocios los determinados tipos de operaciones o situaciones, tales como la adquisición de partes de empresas, las operaciones fragmentadas, los grupos de sociedades o las empresas públicas o de propiedad estatal. También es importante que para determinar la distribución geográfica del volumen de negocios, es decir, que para calcular la parte del mismo que se realiza en el territorio de la Unión Europea o en cada uno de los Estados miembros, el criterio a utilizar será el del lugar de residencia del comprador, ya que suele ser el sitio donde por lo general han tenido lugar las transacciones. Cuando la operación de concentración afecte a entidades de crédito o a otras entidades financieras, el volumen de negocios se sustituirá por las sumas de las siguientes partidas: intereses, rendimientos de título (acciones y participaciones), comisiones, beneficios netos procedentes de operaciones financieras y otros resultados de explotación, previa deducción de IVA y otros impuestos directa-

<sup>145</sup> SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 301. En el caso de adquisición exclusiva o en común de otras empresas preexistentes, tampoco debe considerarse afectada la empresa vendedora, puesto que su intervención termina una vez efectuada la operación; sin embargo, si la empresa vendedora continuara manteniendo el control junto con la empresa adquirente, se le consideraría también como una de las empresas afectadas por la operación de la concentración.

mente relacionados con dichos productos; y cuando se trate de compañías de seguros, el volumen de negocios se calculará en función del valor de las primas brutas emitidas que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro correspondientes a contratos de seguro, concertados por dichas compañías o por cuenta de las mismas, incluyendo las primas cedidas a los reaseguradores y deducidos los impuestos y gravámenes percibidos con respecto a ella.

Para El Salvador es un enorme reto, especialmente para El Presidente de la República, don Elías Antonio Saca, ya que la Ley de Competencia, en su artículo 53 dejó plasmada la obligación del presidente de emitir los reglamentos necesarios para el desarrollo de la Ley de Competencia, dentro del plazo de noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la misma; y el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2006, previa publicación en el Diario Oficial; y uno de los temas más importantes que requieren desarrollarse es el que corresponde a las concentraciones, especialmente que en nuestro país de un tiempo acá ha sido considerada una práctica común las fusiones, especialmente las de empresas bancarias, y es muy importante determinar la afectación porque en la última realizada hace muy poco tiempo, se trató de un banco de los más grandes de El Salvador, con un banco canadiense, y no está muy claro el hecho de que fue adquirida en su totalidad o no.

c) Las excepciones.

El reglamento comunitario contempla tres excepciones a la regla general sobre atribución de competencias: dos de ellas establecen una especie de competencia residual a favor de los Estados miembros, mientras que la tercera amplía el ámbito competencial de la Comisión Europea, autorizándola a intervenir en operaciones de concentración que carecen de la denominada dimensión comunitaria.

La primera de las excepciones comprende el supuesto en el que una operación de concentración de dimensión comunitaria produce efectos restrictivos de la competencia, de manera principal, en un mercado dentro del territorio de un país sin que llegue a constituir una parte sustancial del mercado común. Para estos tipos de casos se consideró conveniente crear un procedimiento de reenvío mediante el cual la Comisión Europea podrá remitir el expediente de concentración, para su resolución, a la autoridad nacional de Defensa de la Competencia del Estado miembro que haya mostrado su preocupación para los efectos que pueda ocasionar la operación en su propio mercado (Art. 9 del Reglamento). Se trata de un poder discrecional de la Comisión.

La segunda excepción consagra el derecho de los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas para proteger intereses legítimos distintos de los relativos a la defensa de la competencia, que son los contemplados prioritariamente en el Reglamento de concentraciones, por supuesto siempre y cuando la tutela de los intereses sea compatible con los principios generales y demás disposiciones del Derecho Comunitario.<sup>146</sup> Este procedimiento está previsto en la norma que la Comisión, a instancias de un Estado miembro y a los solos efectos de la aplicación de esta excepción, pueda otorgar carta de naturaleza a cualquier otro interés público que resulte compatible con los principios del Derecho Comunitario. Por el cauce de esta segunda excepción, un Estado podrá tomar medidas complementarias con respecto a una operación de concentración de dimensión comunitaria, es decir que podrá prohibirlas en su

<sup>146</sup> ALONSO SOTO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 301. Este tratamiento se otorga a los siguientes intereses: La seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las denominadas reglas prudenciales, las cuales deben entenderse referidas a la regulación especial de los agentes que intervienen en los mercados bursátiles, del crédito y del seguro.

territorio o imponerles cargas o condiciones suplementarias cuando la operación perjudique los intereses de la defensa o seguridad nacional, elimine o ponga en peligro la pluralidad informativa de los medios de comunicación o se oponga a las normas reguladoras de la prestación de servicios financieros.<sup>147</sup>

La tercera excepción confiere a la Comisión Europea la posibilidad de aplicar la normativa comunitaria a operaciones de concentración de empresas que, sin tener dimensión comunitaria, obstaculizan la competencia efectiva en el territorio de un Estado miembro, siempre y cuando afecten al comercio intracomunitario. La intervención de la Comisión podrá producirse a instancia del Estado en cuestión y deberá limitarse a lo estrictamente necesario para preservar la competencia en el referido Estado. Las normas estaban previstas para someter a control aquellas operaciones de concentración que se realizaban en alguno de los países comunitarios, que no disponían de legislación sobre la materia; posteriormente fue modificado el Reglamento y amplió su campo de aplicación a las llamadas operaciones de concentración transfronterizas, es decir aquellas que aún cuando son carentes de dimensión comunitaria, despliegan sus efectos sobre territorios de varios países de la Unión Europea y afectan el comercio entre los Estados miembros. Se pretende evitar con ello que una concentración sometida a control en diversos países, se analice de manera independiente por las distintas autoridades de competencia de cada uno de los países y pueda ser objeto de resoluciones diferentes e incluso contradictorias. En este caso, para que opere la norma se vuelve preciso que la intervención de la Comisión Europea sea solicitada conjuntamente por los diversos Estados interesados.

<sup>147</sup> Ver sobre este aspecto la decisión de 14 de marzo de 1994, *As. Newspaper Publishing/PRISA*; y en materia de seguros, la decisión de 18 de junio de 1996, *As. Sun Alliance/Royal Insurance*.

## 32. Control de concentraciones de empresas en la Unión Europea

### a) Introducción.

El Tratado de Roma no contenía ninguna norma relativa al control de las concentraciones de empresas. Esta laguna llama poderosamente la atención, ya que la materia fue regulada en el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), muchos años antes de que entrara en vigencia el Tratado. Para justificar este hecho, se han aducido varias razones, destacando por una parte, la baja tasa de integración económica que se daba en el ámbito del Mercado Común, a diferencia de lo que sucedía en el sector carbón y acero, que estaba fuertemente concentrado, y existía una enorme necesidad de que las empresas se agruparan para alcanzar la dimensión óptima de competitividad en el nuevo mercado formado; por otra parte, los países que integraron originariamente ese Mercado Común carecían en aquellos momentos de una normativa sobre el control de concentraciones.

El cambio de las circunstancias económicas y la nueva orientación de la política de competencia, evolucionó el tradicional control de los comportamientos empresariales hasta la intervención en la configuración de la estructura del mercado en aras de la existencia de una competencia suficiente y eficaz, puso de manifiesto la necesidad de que la comunidad pudiera disponer de instrumentos jurídicos necesarios para controlar el fenómeno de concentración económica y es en ese momento cuando se percibe que los mecanismos que ofrecía el Tratado de Roma no eran adecuados.<sup>148</sup>

<sup>148</sup> BENEYTO PÉREZ, J.M., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Boch, Barcelona, España, pp. 433 y ss. El artículo 85 del Tratado, prohíbe los acuerdos entre empresas, que sean restrictivos de la competencia, pero no indica de modo expreso si entre ellos han de considerarse también los que llevan a la fusión o a la integración de las empresas; el artículo 82 del referido Tratado no declara prohibidos la situación de monopolio o de dominio del

A consecuencia de dicha incertidumbre es que la Comisión Europea elaboró en el año 1966 un memorándum titulado *El problema de las Concentraciones en el Mercado Común*, el cual obviamente se mostró contrario a la aplicación del artículo 85 del Tratado, a las concentraciones de empresas, y consideró que la citada norma iba dirigida contra aquellas empresas que trataban de coordinar comportamientos a través de acuerdos o prácticas concertadas, es decir contra empresas que, en todo momento, mantienen su autonomía y personalidad, que en el caso de concentración a la que nos ocupa, supone una integración de varias empresas, que implica un importante cambio en su estructura, generalmente con pérdida de su autonomía o de su propia personalidad.<sup>149</sup>

b) Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de empresas.

Este Reglamento fue aprobado por el Consejo de la Unión Europea el 21 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 21 de septiembre de 1990, publicándose ese mismo día una nueva versión corrigiendo errores que contenían algunas de las traducciones a los idiomas de los países comunitarios.

Las líneas básicas del Reglamento sobre el control de las concentraciones las podemos sintetizar de la siguiente manera:

a) Define la concentración en función de la adquisición por una o varias empresas del control sobre otras empresas. Somete a control las operaciones de concentraciones de empresas que resulten importantes para superar elevados umbrales de

---

mercado, ni el intento de alanzar dicha situación, sino que tan sólo sanciona el abuso de una posición de dominio, razón por la cual cabe preguntarse en qué medida pueden aplicarse los preceptos a una operación de concentración de empresas o de qué modo pueden utilizarse para hacer efectivo un control de las concentraciones.

<sup>149</sup> FERNÁNDEZ NOVOA, C. *Tratado de Derecho de la competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, p. 219. Las concentraciones, a diferencia de lo que sucede con las prácticas colusorias, solo se prohíben en casos excepcionales.

volumen de negocios a escala mundial y en el ámbito de la Unión Europea. Establece la obligación de notificar a la Comisión Europea las operaciones de esta naturaleza previamente a su realización. Declara incompatibles con el Mercado Común aquellas operaciones de concentración de las que se derive la constitución o el reforzamiento de una posición de dominio que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva. Otorga a la Comisión amplios poderes para investigar y verificar las operaciones de concentraciones de empresas, prohibir que una operación se lleve a cabo, ordenar la desconcentración e imponer sanciones económicas a los infractores. Arbitra un procedimiento ágil, flexible y rápido y, finalmente, instauro un comité consultivo, similar al existente en materia de prácticas restrictivas de la competencia, articulando la participación de los Estados miembros en el proceso de adopción de decisiones sobre la materia.

El Reglamento ha sido criticado desde el punto de vista político y técnico. Respecto al punto de vista político se ha sostenido que sobrepasa los objetivos del Tratado, que trata de igual forma a todos los países, sin tomar en cuenta su grado de desarrollo empresarial y pone en aprietos la soberanía de los Estados miembros para configurar la estructura de sus sectores económicos. Desde la perspectiva técnica se ha dicho que gran parte de sus artículos son confusos y de difícil interpretación, atribuye un amplio margen de discrecionalidad a la Comisión, no garantiza que las decisiones se fundamenten exclusivamente en criterios concurrenciales y no de política industrial; se ha considerado además que carece de una definición precisa de los parámetros a utilizar para la delimitación del mercado relevante o de la determinación de la existencia de poder de mercado, no resuelve satisfactoriamente el tema de la operación y de concentración transfronteriza; tampoco contempla de modo

específico las operaciones de adquisición de títulos o participaciones de capital en el mercado de valores.<sup>150</sup>

c) Noción de concentración.

El Reglamento comunitario define las operaciones de concentración mediante la utilización de un doble criterio consistente, por una parte, en la enumeración de los procedimientos jurídicos utilizados para lograr la concentración, y por otra parte en la formulación de un concepto negativo. De acuerdo con ello existirá una operación de concentración cuando dos o más empresas independientes se fusionen, o cuando una o varias empresas también se fusionen, o cuando una persona que controle una empresa adquiera, directa o indirectamente, el control sobre otras empresas mediante la participación en su capital, compra de activos, pactos de cesión de la gestión, contratos de dominación o por cualquier otro medio.

La Comisión Europea ofrece una interpretación de lo que debe entenderse por adquisición del control, estableciendo la distinción entre control exclusivo y control en común. El control exclusivo puede manifestarse de diversas formas. Su forma más común consiste en la adquisición de la mayoría del capital social y de los derechos de voto de una sociedad. Este tipo de control se dará también en el caso de que se ostenten ciertos derechos específicos, como la adquisición de acciones preferentes que confieran la mayoría de votos de una sociedad u otros derechos que permitan determinar la estrategia competitiva de la empresa, o cuando un accionista, pese a ser minoritario, pueda ejercer de hecho el control exclusivo, como sucede cuando las acciones están muy repartidas.

<sup>150</sup> ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia*, Control de las Concentraciones de empresas en España, 1990, p. 307, Por todas estas razones el Reglamento de 1989 fue modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1310/97 y desarrollado por el Reglamento (CEE) n.º 447/98, que regula las notificaciones, plazos y audiencias y se completa con las regulaciones interpretativas de la Comisión Europea.

Las prerrogativas concedidas al Estado en su calidad de Autoridad Pública, para proteger el interés general, no constituyen una forma de control, siempre en la medida en que tales prerrogativas no pretendan ni contribuyan a que el Estado ejerza una influencia decisiva sobre las actividades de las empresas.

El control en común se dará cuando los principales accionistas lleguen a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afecten a las empresas controladas. Sin embargo, el paso del control conjunto al control exclusivo de una empresa constituye una operación de concentración, ya que existe una diferencia sustancial entre la influencia ejercida por un solo accionista y la ejercida conjuntamente.

d) Reglas de procedimiento.

El procedimiento de control se inicia con la notificación de la operación de concentración a la Comisión Europea, notificación que es previa y obligatoria para las operaciones de dimensión comunitaria. La notificación se hace en un plazo máximo de siete días a contar de la conclusión de los acuerdos, de la publicación de la oferta pública de adquisición de acciones o de toma de control, y se realiza mediante un formulario pre establecido en el que se especifica la información que deben facilitar las empresas que se concentran. El incumplimiento de esta obligación de notificación se sancionará con una multa.

La notificación tiene efecto suspensivo sobre la operación de concentración, cuya duración es de tres semanas; este plazo puede prorrogarse o dejarlo sin efecto por parte de la Comisión. En el caso de que la concentración se lleve a cabo mediante una oferta pública de adquisición de acciones en bolsa, la operación se podrá materializar inmediatamente; pero el oferente no podrá ejercitar los derechos de voto, salvo para salvaguardar el valor de la inversión realizada.

Notificada la operación a la Comisión, si esta considera necesario incoar un procedimiento de control, dispondrá de un

plazo de cuatro meses para evaluar la operación y adoptar una decisión definitiva. Previamente a emitir dicha decisión, la Comisión dará audiencia a los interesados y reunirá al Comité Consultivo, que lo preside un representante de la Comisión, y está integrado por dos representantes de cada uno de los Estados miembros, uno de los cuales pertenecerá a la autoridad de Competencia.

La decisión que se tome puede consistir en declarar:

a) Que la operación de concentración es compatible con el Mercado Común. b) Que únicamente puede ser declarada compatible si se modifica el proyecto o se subordina el cumplimiento de determinadas condiciones y cargas. c) Que la concentración resulta incompatible con el Mercado Común por constituir un obstáculo significativo para la competencia efectiva en el mercado; en este caso si la operación se hubiere realizado, podrá ordenarse la desconcentración e imponer una multa de hasta el 10 por 100 del volumen total de negocios de las empresas afectadas.

### **33. El sistema español de control de las concentraciones económicas**

La Ley de Defensa de la Competencia aborda el control de las concentraciones empresariales exclusivamente desde el punto de vista de la estructura competitiva del mercado, dejando a otras disposiciones legales la regulación del resto de los aspectos que presentan las operaciones de esta naturaleza, lo cual ha sido un acierto del legislador español.

a) Características generales del sistema.

En materia de control de concentraciones económicas la legislación española se sitúa en la línea de las modernas legislaciones de defensa de la competencia. Hay dos sistemas imperantes en el derecho comparado, respecto de las concen-

traciones económicas, y son: el que se basa en la necesidad de la previa obtención de una autorización administrativa de las autoridades especializadas en la materia de competencia para llevar a cabo la concentración de empresas; y el consistente en la posibilidad de someter solamente algunas operaciones de concentración a dictamen de las autoridades administrativas de defensa de la competencia, para verificar si restringen la competencia efectiva en el mercado, reservando la decisión sobre su procedencia o improcedencia al Gobierno. El legislador español ha optado por este último sistema, consciente de que el control de las concentraciones empresariales es un importante instrumento de política económica, cuya utilización debe quedar en manos del poder político.<sup>151</sup>

b) Concepto de concentración.

La Ley española se refería en un primer momento, de un modo genérico, a este tipo de operaciones; no estableció un concepto y mucho menos procedió a una operación casuística de la misma, poniendo únicamente el interés en las figuras de la concentración o la toma de control. Actualmente ha cambiado de criterio y ha definido las concentraciones económicas así: “*Aquellas opera-*

<sup>151</sup> SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 311. Las principales características del sistema español son: que se consagra el principio de que la concentración empresarial es libre, no debe ser considerada per se como una práctica restrictiva de la competencia y no queda sometida a la previa autorización administrativa. La administración se reserva la facultad de someter a control aquellas operaciones de concentración que por su dimensión puedan afectar gravemente a la competencia, estableciéndose la obligación de notificación y la potestad al Gobierno para autorizar las operaciones u oponerse a ellas. Se le asigna al Tribunal de Defensa de Competencia una misión con carácter preceptivo, de un dictamen técnico. Para fundamentar la decisión se le permite tomar en cuenta criterios concurrenciales y de interés general o social. El sistema se completa con el establecimiento de una serie de garantías para los empresarios afectados por la concentración, tales como brevedad de los plazos para la adopción de una decisión definitiva y el reconocimiento de la institución del silencio administrativo positivo, así como la adopción de un procedimiento sencillo y flexible que contempla un trámite de audiencias de los interesados y la intervención a título consultivo del Tribunal de Defensa de la Competencia.

*ciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante: a) la fusión de varias empresas anteriormente independientes; b) la toma de control de la totalidad de una empresa o de parte de la misma por otra persona o empresa realizada por cualquier medio o negocio jurídico; c) la creación de una empresa en común (empresa en participación) o la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando esta desarrolle de manera permanente las funciones de una entidad económica e independiente y no tenga por objeto el coordinar los comportamientos competitivos de empresas que continúen siendo independientes” (Art.14.2 LDC, modificado por el Art. 10 del RD-1 6/1999 de medidas urgentes de Liberación e Incremento de la Competencia).<sup>152</sup>*

Bajo la noción conceptual de la Ley española se comprenden las fusiones, uniones o agrupaciones de empresas, como las compras de activos empresariales o las adquisiciones de participaciones en el capital de otras sociedades, bien sean realizadas en bolsa o fuera de bolsa, e incluso el nombramiento de administradores comunes o el intercambio de consejeros, y todo ello con independencia de la naturaleza de la operación (pacto o acuerdo de fusión o compra de acciones), de la modalidad de integración económica que representen (horizontal, vertical, de actividades homogéneas o complementarias) o de la técnica utilizada para su realización (uniones personales, contractuales o financieras). Para que exista una concentración bastará el hecho de que varias empresas se sometan a una misma unidad de dirección económica. La Ley de defensa de la Competencia española, no define lo que debe entender por toma de control,

<sup>152</sup> ALONSO SOTO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 311. Tras esta reforma se establece un concepto económico de concentración, que se basa fundamentalmente en la toma de control de una empresa de forma estable o duradera por parte de otro operador económico, o lo que es lo mismo, la pérdida de la independencia económica o de la capacidad para desarrollar su propia estrategia empresarial.

sin embargo, el Código de Comercio español establece, que una sociedad controla a otra cuando, siendo socio de la misma, posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de aquella. (Art. 42).

### c) Ámbito de aplicación

El sistema de control se aplica a todo proyecto u operación de concentración de empresas que afecte o pueda afectar al mercado español y que reúna los requisitos que exige con carácter alternativo la ley: a) Que, como consecuencia de la operación, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior a 25 por 100 del mercado nacional de un determinado producto o servicio, o de un mercado geográfico distinto dentro del mismo: b) Que la cifra del volumen global de ventas en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40,000 millones de pesetas hoy su equivalente en euros, siempre que al menos dos de las empresas partícipes en la operación realicen por separado en nuestro país un volumen de ventas superior a 10,000 millones de pesetas, quedando excluidas, de la aplicación e esta normativa las concentraciones de empresas que tengan “dimensión comunitaria.”<sup>153</sup>

<sup>153</sup> AAVV, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., - SOTO R, AROYO, I., y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, sostiene que al regularse en la Ley de Defensa de la Competencia un procedimiento específico de control de concentraciones económicas, no deberían resultar aplicables a dichas operaciones las normas generales prohibitivas de las prácticas colusorias o abusivas restrictivas de la competencia, sin embargo aceptan que no resulta muy claro, tras la modificación introducida en la Ley por el Real Decreto Ley 6/1999, ya que en ella se incorpora un nuevo precepto que dispone que, cuando la operación analizada no reúna las condiciones establecidas en el artículo 14, el Director del Servicio de Defensa de la Competencia decidirá sobre sí la operación en cuestión debe ser tratada como un acuerdo restrictivo de la competencia sujeto al régimen de autorización singular, sin que pueda beneficiarse de la autorización tácita. Distorsionando el carácter que la Ley de Defensa de la Competencia atribuye al sistema de control de las concentraciones económicas.

#### d) Procedimiento aplicable

El procedimiento se desarrolla de la forma siguiente: *Notificación:* El Real Decreto ley 6/1999 ha sustituido el sistema de notificación voluntaria por otro en el que se establece la obligación de notificar las operaciones de concentración a la que se les aplica el artículo 14 de la Ley. Solo quedan dispensada de esta obligación, como ya lo hemos dicho, las concentraciones de empresas de “dimensión comunitaria.” El procedimiento se inicia mediante la comunicación de la operación por una o varias de las empresas partícipes al Servicio de Defensa de la Competencia. La notificación deberá presentarse previamente a la realización de la operación de concentración o, como máximo, si ésta se dilatara en el tiempo, hasta un mes después de la fecha de la conclusión del acuerdo de concentración. La formulación de una consulta al Servicio de Defensa de la Competencia sobre si una determinada operación de concentración supera los umbrales mínimos establecidos para la notificación obligatoria, suspenderá el plazo anterior hasta que se reciba la contestación a la consulta. El Real Decreto 1080/1992, regula el procedimiento aplicable en esta materia y establece una serie de prescripciones sobre la forma y contenido de la notificación e incorpora el formulario para realizarla. En caso de incumplimiento de la obligación de notificación, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá requerir a las empresas partícipes en la operación de concentración para que efectúen la correspondiente notificación en un plazo no superior a veinte días a contar del requerimiento; si transcurrido dicho plazo continuará sin notificarse la operación, el Director del Servicio podrá imponer a dichas empresas las sanciones correspondientes; el plazo para el ejercicio de esta facultad será de cinco años a contar de la fecha en la que la operación se llevó a cabo. Las operaciones notificadas por este último procedimiento no podrán beneficiarse del sistema de autorizaciones tácitas.

La notificación previa no implicará la suspensión de la ejecución de la operación antes de su autorización expresa o tácita, en todo caso la operación quedará subordinada a la decisión que adopte definitivamente el Gobierno. Este tipo de prescripción resulta favorable a las empresas afectadas; sin embargo, dificulta en gran medida la posibilidad de acordar la desconcentración por la imposibilidad material de llevarla a cabo una vez transcurridos varios meses desde su puesta en marcha. Establece que la notificación será pública (Art.15.2), dada la naturaleza reservada que tienen las fases preliminares de las operaciones de concentración, puede desincentivar su notificación previa y hará que se generalice la opción de la comunicación posterior a la conclusión del acuerdo.

El Real Decreto-Ley 6/1999 introdujo un nuevo procedimiento que se aplica exclusivamente a aquellas operaciones de concentración notificadas que no producen el efecto de crear o reforzar una posición de dominio en el mercado que pueda dificultar el desarrollo de una competencia efectiva, pero que pueden generar obstáculos a la competencia, pero son fácilmente subsanables. El procedimiento lo desarrollan de la siguiente manera: el Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Servicio de Defensa de la Competencia, podrá instar a las partes a que presenten compromisos o modificaciones de la operación de concentración en el plazo de un mes a contar del requerimiento. En estos casos lo probable es que se inicie un proceso de negociación entre la administración y los notificantes para lograr un acuerdo consistente en introducir modificaciones en la citada operación o aceptar someterla a determinadas condiciones. En este proceso por ley no participan el resto de los operadores económicos que pudieran verse afectados por la operación de concentración. A la vista de los compromisos presentados, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá resolver autorizar la operación, si considera que

los compromisos son suficientes para subsanar los obstáculos a la competencia que puede ocasionar la concentración o en caso contrario, remitir el expediente al Tribunal de Defensa a la competencia.

El procedimiento de control se desarrolla a través de tres fases perfectamente diferenciadas por el tipo de actuaciones que en las mismas se desarrollan y por los órganos administrativos que intervienen en ellas. La primera fase, comprende la decisión de la Administración de remitir los expedientes relativos a las operaciones de concentración de empresas al Tribunal de Defensa de la Competencia para su dictamen. La segunda fase consiste en el análisis de la operación por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y la tercera y última fase es la adopción por el Gobierno de la decisión definitiva; que puede recaer en lo siguiente: a) No oponerse a la operación de concentración; b) Subordinar su aprobación a la observancia de determinadas condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente como para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia; y c) Declararla improcedente, estando facultado en este último supuesto para ordenar que no se proceda a la realización de la misma, si la concentración no se hubiere iniciado o, en caso contrario, para adoptar las medidas apropiadas para el establecimiento de una competencia efectiva, incluyendo la desconcentración. Si transcurrido el plazo de tres meses desde que se reciba el dictamen del Tribunal o desde que finalice el plazo previsto para que se emitiera el dictamen sin el Consejo de Ministros hubiere adoptado una decisión sobre la operación de concentración y se hubiere notificado, ésta se entenderá tácitamente autorizada.

### 34. El control de las concentraciones económicas en la Ley de competencia salvadoreña

Como ya lo hemos dicho, la Ley de Competencia salvadoreña 528/2000, aborda el control de las concentraciones empresariales desde la óptica de la estructura competitiva del mercado. Tomando en cuenta, por una parte, la especial naturaleza de este control que solamente pretende garantizar que la estructura del mercado sea competitiva y que ningún operador económico consiga, por este medio, alcanzar o reforzar su poder de mercado.

Para efecto de la ley salvadoreña, se considera que existe Concentración *“cuando agentes económicos independientes entre sí realicen acuerdos, que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de negocios en todo o en parte”* y *“cuando uno o más agentes económicos que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.”*

La Ley entiende por Control *“la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos.”*

La Ley de Competencia 528/2004 contempla la posibilidad de en su artículo 33 que las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria, deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia.

Los agentes económicos interesados en obtener una autorización, deben presentar una solicitud escrita, señalando los

nombres, denominaciones o razones sociales de las partes involucradas, la naturaleza de la transacción que desean llevar a efecto, acompañando los estados financieros, de los agentes involucrados, correspondientes al último ejercicio fiscal y todos los demás datos necesarios para tener un pleno conocimiento de la transacción.

El organismo encargado de otorgar dicha autorización (La Superintendencia), deberá determinar si la concentración provocará una limitación significativa de la competencia, para lo cual deberá determinar si hay o no un mercado relevante, debiendo tomar en cuenta:

1. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medio tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
2. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, tomando en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante;
3. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y
4. Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores o fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

También debe de determinar si el agente económico tiene una posición dominante en el mercado relevante y para ello debe de considerar:

- a) Su participación en el mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento

- en el mercado relevante sin que el agente competidor puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder;
- b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar dichas barreras como la oferta de otros competidores
  - c) La existencia y poder de sus competidores
  - d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

Además de lo anterior deberá establecer: a) la eficiencia económica; y b) cualquier otro elemento relevante.

La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos de la Ley, siempre y cuando los interesados demuestren que pueden haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor, que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no dará como resultado una reducción de la oferta en el mercado.

La Superintendencia cuenta con un plazo no mayor de noventa días calendario a partir del siguiente plazo de la presentación de la solicitud, para emitir resolución sobre una concentración. Está facultada para requerir información adicional cuando considere que la presentada es insuficiente; pero deberá hacer tal requerimiento dentro de los quince días después de presentada la solicitud, en cuyo caso el plazo para emitir resolución comenzará a contarse a partir del día siguiente al de la presentación de la información adicional requerida. Si la superintendencia no resuelve en el plazo referido, se entenderá que la fusión puede llevarse a cabo aplicando el conocido silencio administrativo.

De lo anterior se deduce que nuestra Ley ha pretendido de alguna manera igualar el procedimiento de la avanzada normativa española, pretendiendo utilizar las herramientas del control de las concentraciones para evitar así la obstaculización de la libre competencia mediante las posiciones de dominio.



## CAPÍTULO SEXTO

# DERECHO COMPARATIVO ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LA LEY DE COMPETENCIA SALVADOREÑA Y LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA DE 1989

*SUMARIO. 35. La evolución de la legislación salvadoreña: breves antecedentes 36. Evolución de la ley de defensa de la competencia española 16/1989 37. Características de la ley de defensa de la competencia de España, de 1989, y la ley de competencia de 2004, de El Salvador 38. Ámbito de aplicación. 39. Las prácticas prohibidas: a) Prácticas colusorias. b) Prácticas concertadas. c) Conductas conscientemente paralelas d) Abuso de posición dominante. 40. El sistema de autorizaciones: 40.1 Autorizaciones por Ley. 40.2. Autorizaciones por disposición administrativa. 41. Control de las operaciones de concentración económica. 42. Control de las ayudas públicas en el sistema español. 43. Órganos de defensa de la competencia: 44. Procedimientos, sanciones y recursos 44.1. Procedimiento de autorizaciones 44.2. Procedimiento cautelar 45. La caducidad 46. Sanciones 47. Los recursos*

### **35. La evolución de la legislación salvadoreña: breves antecedentes**

En 1989 se llevaron a cabo reformas estructurales con el propósito de lograr una mayor estabilidad macroeconómica y por ende mayor crecimiento económico y social. Se implementó

la dolarización y un plan de modernización del sector público basado en la descentralización.

Como resultado de las reformas surgieron tasas de interés más bajas, cero riesgos cambiarios, baja tasa de inflación y diversificación de las exportaciones. No obstante lo anterior, hubo factores externos e internos que desaceleraron el crecimiento económico y volvieron imperante un nuevo proceso de reforma estatal y la existencia de un instrumento que velara por la eficiencia económica de los mercados y los consumidores, que estimularía el crecimiento económico del país.

En 1992 se promulga un marco legal que protege al consumidor<sup>154</sup> y se trabaja en la eficiencia económica al lado de la demanda.

En 2004 se promulga la Ley de Competencia con el objetivo de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas. Todos los agentes económicos, salvo el Estado y los municipios, serían destinatarios de dicha Ley.

En El Salvador, específicamente el 26 de noviembre de 2004, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto n.º 528, que contiene la Ley de Competencia, que entrara en vigencia el 1.º de enero de 2006. El día 15 de diciembre, el presidente de la República devolvió el proyecto de Ley con observaciones a la Asamblea Legislativa, reconsiderado y aprobado finalmente en sesión del día veintidós de diciembre de ese mismo año. Para fortalecer el cumplimiento de la Ley, en el año 2005 se implementa un plan de acción basado en la creación de la Superintendencia de la Competencia y la divulgación de la Ley de Competencia, la cual tendrá como misión promover, proteger y garantizar la competencia en pro de la eficiencia económica y del bienestar de los consumidores. La visión consiste en ser

<sup>154</sup> Ley del Consumidor. Decreto 776 del 31 agosto de 2005, publicado en el Diario Oficial n.º 166, Tomo 368, de fecha 08/09/2205.

una autoridad estatal autónoma, eficiente, proba, imparcial, transparente y de alta credibilidad nacional e internacional, que promueve, protege y garantiza la competencia como entorno necesario para la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Los valores que protegerá serán independencia, transparencia, legalidad, trabajo en equipo, eficiencia, confidencialidad, probidad e imparcialidad. Para su ejecución se identificaron fuentes de financiamiento y actividades de elegibilidad para las cooperaciones otorgadas a dichos planes de acción.

La Superintendencia cumplirá con las funciones siguientes:

a) Contribuir con la promoción y protección de la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anti-competitivas que, manifestadas bajo cualquier forma, limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores.

b) Coadyuvar en el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción, la productividad, la racional utilización de los recursos, así como la defensa del interés de los consumidores.

c) Contribuir al desarrollo de la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social, fomentando y protegiendo la iniciativa privada dentro de las condiciones que acrecienten la riqueza nacional; pero que aseguren sus beneficios al mayor número de habitantes del país.

d) Lograr una economía más competitiva y eficiente, promoviendo su transparencia y accesibilidad, fomentando el dinamismo y el crecimiento de la misma para beneficiar al consumidor.

e) La Superintendencia previene y elimina las prácticas anticompetitivas; asimismo, la referida autoridad cuenta con la facultad de autorizar, condicionar o denegar concentraciones económicas de agentes económicos que superen los umbrales establecidos en la Ley de Competencia.

La Ley en comento fortalece el Art. 110 de la Constitución que establece: “No podrá autorizarse ningún monopolio<sup>155</sup> sino a favor del Estado o de los municipios, cuando el interés social lo haga imprescindible. Se podrán establecer estancos<sup>156</sup> a favor del Estado. A fin de garantizar la libertad empresarial y proteger al consumidor, se prohíben las prácticas monopolísticas.” La protección de la libre competencia ha sido una obligación constitucional del Estado desde 1950; pero no ha tenido un desarrollo legislativo que la haga efectiva, por lo que la nueva Ley debe ser considerada como un avance en la consolidación del régimen constitucional, pese a las críticas que se le harán más adelante.

La necesidad de una Ley de Protección del Régimen de libre Competencia fue reconocida desde la última década del Siglo XIX y a partir de la “Ley Sherman” de los Estados Unidos de América, todos los países con una economía de libre mercado desarrollada han adoptado algún tipo de legislación encaminada a tal finalidad. En América Latina, únicamente Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay carecen aún de una. En un principio, la leyes de libre competencia fueron concebidas como leyes destinadas a combatir los monopolios; pero en su desa-

<sup>155</sup> GARRÍGUEZ, J., *La Defensa* p. 15.; BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de p.* 200.; TAMANES, R., *La lucha contra los...*p.228.; LABRA, A., “*La Constitución, El Estado...*” p. 23. BAIN, J., *Organización...*pp.107 y ss. BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho...*pp.107 y ss.; RIBO DURÁN, L., *Diccionario de Derecho...*SMITH, A., *Investigación sobre la naturaleza y causas* pp. 503, y ss.; KLAUS, *Ensayos de Derecho en honor de...*pp., 127 y ss. OSBORNE, M.J. Y ROBINSTEIN, A. A. “*Course in game theory*”...p.1.; CARLTON, D. W. y PERLOFF, J. M., “*Modern*”, pp. 178 y ss.; BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de derecho de la...*p. 205.; OSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Políticas y...*ob.cit., p.104. Todos estos autores entienden que el monopolio es consecuencia de una situación en la cual se produce la determinación unilateral del precio, afectando al Derecho de la competencia, ya que ello implica su eliminación, generalmente adoptando políticas empresariales independientes de las condiciones del mercado y de las conductas de los competidores.

<sup>156</sup> OSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Argentina, p.404. Embargo o prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace para reservar exclusivamente la venta de mercaderías o géneros, estableciendo los precios a que fijamente se hayan de vender.

rollo, su alcance se ha ampliado, concibiéndose como leyes destinadas a proteger un valor trascendental e importante, en el que descansa y se basa el sistema económico, por oposición a otras leyes que buscan proteger un valor inmediato como el interés de los consumidores, y raras veces emplean el término “monopolio.”

La primera iniciativa en El Salvador, para emitir una Ley de Libre Competencia provino de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES)<sup>157</sup> en 1992, elaborada con asistencia de asesores chilenos. El proyecto no logró la aceptación del Gobierno de turno, pero fue estímulo para que otras instituciones tomaran interés en el tema. Desde entonces aparecieron por lo menos ocho proyectos elaborados por el Ministerio de Economía y dos elaborados por otras agrupaciones, tales como la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD).<sup>158</sup>

La Ley en comento, y aprobada, está basada en los más recientes proyectos del Ministerio de Economía, pero se trata de un texto nuevo. En contraste con las versiones anteriores, se ha adicionado la parte relativa a la institución encargada de aplicar la Ley, aunque se ha reducido la parte que contiene normas de carácter sustantivo. Con relación a todos los demás textos, es el más breve, pese a la importante adición hecha. En un sistema de derecho anglosajón, donde se espera que la Ley sea desarrollada jurisprudencialmente, el texto parecería excesivamente prolijo; pero en un sistema de derecho codificado,

<sup>157</sup> Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social, apolítica, sin fines de lucro, creada en 1983 por empresarios salvadoreños e investigadores y con un facilitador del desarrollo económico y social.

<sup>158</sup> Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho Institucional de Promoción Humana, cuyo ámbito de la sociedad es el derecho como un centro de actuación sobre los problemas socio jurídicos, concibiendo al derecho como un instrumento político al servicio de los más débiles; con participación de la sociedad civil en la vida nacional; y como un centro de promoción de los derechos humanos, del Estado Constitucional de derecho y del desarrollo de las ciencias jurídicas.

como el nuestro, parece excesivamente breve; de hecho, con 58 artículos, es la más corta de las leyes latinoamericanas de la materia que conocemos; en contraste, la ley panameña, que ocupa casi la mitad de su texto para normas sobre protección al consumidor, tiene 225 artículos. Indudablemente, ha sido la suscripción del CAFTA y su inminente ratificación por la legislatura, que hace una necesidad práctica inmediata contar con una regulación sobre libre competencia, lo que ha motivado la rápida aprobación de la Ley; sin embargo, consideramos que la Ley de Competencia no reúne las expectativas que una materia tan importante requiere para el Desarrollo económico de los pueblos.

### **36. Evolución de la Ley de Defensa de la Competencia Española, 16/1989**

En España surge la implantación de un sistema de defensa de la competencia, con la promulgación de la Ley del 20 de julio de 1963 de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia. Esta Ley surgió bajo el amparo de los planes de desarrollo económico impulsados por el Gobierno de la época y pensando en adaptar el aparato legislativo al de la Comunidad Económica Europea, en la que para España era un sueño el integrarse, en un futuro que, en aquel momento lo consideraban no muy lejano; sin embargo, no les era posible desplegar todos sus efectos y funcionar de una manera eficaz en el marco de un sistema económico proteccionista y fuertemente intervenido por el Estado. Posteriormente le sobrevinieron circunstancias económicas y políticas, especialmente la transformación experimentada de la economía de las últimas décadas, lograron la consagración en la Constitución del sistema de economía de mercado y también la incorporación a la Comunidad Económica Europea en el año de 1986, y fue por ello que lograron la potenciación del sistema de defensa de la competencia y la revisión

de la normativa existente hasta ese momento. Fue este contexto que enmarcó la Ley 16/1989, del 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que ha constituido la norma básica reguladora del sistema. La Ley ha sido desarrollada por dos disposiciones reglamentarias: el Real Decreto 157/ 1992, del 21 de febrero, sobre exenciones por categorías, procedimientos de autorización singular y registro de defensa de la competencia, y el Real Decreto 1080/1992, del 11 de septiembre, por el que se aprueba el procedimiento a seguir en materia de concentraciones económicas.

### **37. Características de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, de España, y la Ley de Competencia de 2004 de El Salvador**

La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, y la Ley 528/2004 de Competencia, responden a una serie de criterios que definen su alcance y significación: ambas tienen por objeto garantizar la existencia de una competencia suficiente y su protección frente a todo ataque contrario al interés público, tal como se indica en sus respectivas exposiciones de motivos. Asimismo, la Ley de Competencia 528/2004 de El Salvador expresa en su exposición de motivos que el objetivo de ésta es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma, limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores; ambas leyes tienen un alcance y significación comunes.

La Ley 16/1989 de la Competencia se inspiró tomando en consideración el principio rector de que toda economía de mercado representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en

el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución. La presente Ley responde a este objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias económicas o jurídicas, de orden público o privado.

La Ley se asienta en los sólidos pilares de la experiencia. Por una parte se inspira en las normas comunitarias de política de competencia, que han desempeñado un papel trascendental en la creación y funcionamiento del mercado común. Y por otra parte, nace con el propósito de superar los defectos que frustraron la plena aplicación de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, que ahora se deroga bajo el título primero de la libre competencia; se regula en el Capítulo Primero, de los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas, un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional, y se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico, como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia. En el Capítulo Segundo, de las concentraciones económicas, se establece un régimen de control de aquellas que, por su importancia y efectos, pudieran alterar la estructura del mercado nacional en forma contraria al interés público; y en el Capítulo Tercero, de las ayudas públicas, se instituye un sistema que permitirá analizar éstas con criterios de competencia y, llegado el caso, prevenir sus efectos indeseables desde la perspectiva de los intereses generales.

La aplicación de la Ley, en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de la defensa de los intereses públicos, se encomienda en el título segundo a órganos administrativos: el tribunal de defensa de la competencia, con funciones de resolución y, en su caso, de propuesta, y el servicio de defensa de la competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes.

Estos últimos tienen carácter especial, tanto por la esencial complejidad de la materia como por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la administración activa, todo ello sin perjuicio del control judicial de sus actos.

El procedimiento aplicable, que se contempla en el Título Tercero, acoge los principios de economía, celeridad y eficacia, así como el de garantía de la defensa de los administrados, e incluye aquellos trámites especiales demandados por su propia naturaleza, previéndose la intervención, en determinados supuestos, de las comunidades autónomas y del Consejo de las asociaciones de los consumidores.

Por último, se establece un régimen de sanciones que garantiza el cumplimiento de la Ley, tanto en sus aspectos formales como en los sustantivos.

Felipe González Márquez se inspiró en el Tratado de Roma, y en la Ley del 20 de julio de 1963, incorporando los tipos de prohibición del Derecho comunitario y el sistema de aplicación “enforcement” del Derecho americano<sup>159</sup>, con la salvedad de

<sup>159</sup> VÍCTOR PAÚL A., “*The Interface of Trade/ Competition Law and Policy An overview*, 56 *Antitrust Law Journal* 397” pág. 401. Este sistema surgió con La Ley sobre Renta de 1916, que ha sido denominada también “Ley Antidumping de 1916”, lo han descrito como una ley que se ocupa de determinadas formas de dumping, independientemente de que se considere que se trata de una ley antidumping o de una ley antimonopolio; JACKSON, J.H. *World Trade and the Law of Gatt*, 1968. No obstante, hay que señalar que en el texto de la Ley no aparece literalmente el término “antidumping”; esta ley de 1916

la creación de un órgano administrativo de decisión para todo el territorio nacional (Tribunal de Defensa de la Competencia). Esta Ley presenta un marcado carácter preventivo frente al carácter represor de la legislación anterior, lo cual se advierte particularmente en dos aspectos: en primer lugar, ambas leyes conservan la misma denominación (Defensa de la Competencia frente a represión de las prácticas restrictivas de la competencia); y por otro lado, el establecimiento de la prohibición de los acuerdos anticompetitivos en lugar de la prohibición tan sólo de las prácticas restrictivas de la competencia.<sup>160</sup> Por otra parte, la Ley establece un sistema clásico de control de comportamientos anticompetitivos: por un lado, los acuerdos o prácticas concertadas y, por otro, el abuso de posición dominante. Combina la estricta prohibición de las prácticas concertadas, con un sistema de autorización individual o por categorías, para aquellos acuerdos que incorporan ventajas de tipo técnico o económico superiores a las restricciones de la competencia que conllevan, siempre que beneficien a los consumidores y no eliminen totalmente la competencia en el mercado. Incorpora los comportamientos prohibidos, el falseamiento de la libre

---

forma parte de los esfuerzos legislativos de los Estados Unidos para hacer frente a diversas prácticas que en aquel momento se consideraba que constituían unas "competencias desleales." Varias de las leyes antimonopolio y comerciales de los Estados Unidos que siguen siendo aplicables actualmente fueron adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos entre finales del siglo XIX y el decenio de 1930. La Ley Sherman se remonta a 1890 y La Ley Clayton a 1914. Con posterioridad a la Ley de 1916, se han aprobado La Ley Antidumping de 1921, La Ley Arancelaria de 1930, que se ha convertido posteriormente en la base de la legislación antidumping estadounidense actualmente en vigor, y la Ley Robinson-Patman de 1936, que modificó el artículo 2 de la Ley Clayton de 1914. Dos características significativas de la Ley de 1916 son las siguientes: a) se prevé la revisión de las prácticas en cuestión por el poder judicial a nivel federal, y no por el poder ejecutivo; y b) se establece una doble vía ante los tribunales federales estadounidenses: 1.<sup>a</sup>) un procedimiento civil, mediante el que una persona puede solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios, y 2.<sup>a</sup>) un procedimiento penal, en el que el Departamento de Justicia de los Estados Unidos puede solicitar la imposición de una multa o de una pena privativa de libertad o ambas penas.

<sup>160</sup> ALONSO SOTO, R., *Derecho de la Competencia*, Civitas, Madrid, 1999, p. 266.

competencia por actos desleales, permitiendo de esta forma el entronque de la Ley de Defensa de la Competencia con la Ley de Competencia Desleal y la coordinación entre ambos sistemas normativos al establecer, como cláusula de cierre, la posibilidad que el tribunal de Defensa de la Competencia pueda enjuiciar aquellos actos de competencia desleal que afectan a intereses públicos o lesionan el orden público económico. Confía su aplicación a dos diferentes autoridades administrativas: el Servicio de Defensa de la Competencia, integrado por los Ministerios de Economía y Hacienda, y el Tribunal de Defensa de la Competencia, funcionalmente independiente. Configura un procedimiento administrativo especial que se presenta como ágil, flexible, contradictorio y escrupuloso con el respeto de los derechos de defensa de las partes involucradas. Somete las resoluciones del Tribunal a control judicial, al establecer que son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y completa el sistema de defensa de la competencia mediante el establecimiento de mecanismos de control de las operaciones de concentración económica y de las ayudas públicas.

Dicha Ley destaca especialmente la articulación del nuevo sistema de defensa de la competencia en torno al Tribunal de Defensa de la Competencia, cuya independencia y funciones aparecen considerablemente reforzadas y ampliadas. Se pudiera afirmar que el sistema de aplicación de esta disciplina se apoya en dos principios fundamentales: a) la facultad que tiene el Tribunal de interesar del Servicio de Defensa de la Competencia, al incoar un expediente sancionador sobre determinado asunto; y b) la garantía que se ofrece al particular que denuncia una infracción de la normativa de la competencia, en el sentido de que todos los casos podrán ser analizados y resueltos por el órgano independiente (Tribunal de Defensa de la Competencia), ya sea que éste lo haga directamente, formulando la acusación por la realización de alguna práctica prohibida

o, en su caso, la propuesta de autorización; o en forma indirecta, por vía de recurso en el caso de que fuera archivada la denuncia o sobreseyera la denuncia incoada.

Surge la nueva Ley de Defensa de la Competencia, sancionada el 25 de agosto de 1999, que incorpora tres modificaciones sustanciales a la antigua ley de la siguiente manera:

a) El control previo sobre fusiones<sup>161</sup> y adquisiciones empresariales; b) la creación de un Tribunal de Defensa de la Competencia como órgano de interpretación y aplicación de la ley; y c) la supresión del carácter penal de sus sanciones.

Por lo demás, mantiene esencialmente los conceptos utilizados por el Art.1 de la Ley que le antecedió y que hemos comentado, definiendo su ámbito de aplicación y estableciendo los principios generales que debe regir su interpretación.<sup>162</sup>

La Ley de El Salvador tiene también su inspiración en el Tratado de Roma, o bien en la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia Española; la denominación se limita a la Ley de Competencia; sin embargo, en el artículo 1, cuando se define su objeto, se expresa que este consiste en promover, proteger, garantizar la competencia (es decir defenderla); igualmente se enfrenta a la represión de las prácticas anticompetitivas y al establecimiento de la prohibición de los acuerdos anticompetitivos, estableciendo el sistema clásico de control de aquellos comportamientos anticompetitivos, prohibiendo los acuerdos

<sup>161</sup> L. Ribó. Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario de Derecho Empresarial", Bosch, Casa Editorial S.A., Barcelona, 1998, p. 25. La fusión sanitaria llamada también fusión por absorción: dos o más sociedades deciden juntar sus patrimonios y reunir sus socios en una de ellas, que será la sociedad absorbente. Siendo esta las intervinientes que subsistirá; las otras se extinguirán por disolución y sus respectivos patrimonios sin liquidación serán transmitidos por sucesión universal a la sociedad absorbente, que debidamente modificada en sus magnitudes (en general su capital se incrementa por el efecto de la fusión), inicia una nueva andadura.

<sup>162</sup> MARCHESINI, D., *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Vilella, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 81. Este artículo es como la columna vertical de la Ley y el que revela que el bien jurídico protegido por la misma no es la competencia en sí misma, sino el interés económico general.

o prácticas concertadas (carteles) y el abuso de la posición dominante. Podemos observar que la Ley recién aprobada tiene un común denominador, que es el establecimiento del sistema de autorización previa, para aquellos acuerdos que incorporan ventajas de tipo técnico o económico superiores a las restricciones de la competencia que conllevan, siempre que beneficien a los consumidores y no eliminen totalmente la competencia en el mercado; sin embargo, no incorpora como elenco de los comportamientos prohibidos el falseamiento de la libre competencia por actos desleales; pero estos comportamientos se encuentran regulados en el Código de Comercio, no permitiendo el entronque y la coordinación de ambos sistemas normativos, es decir que no permite que el ente administrativo que en la Ley de Competencia enjuicia los actos competitivos, enjuicie los actos de competencia desleal que afectan intereses públicos y lesionan al orden público económico. Su juzgamiento está confiado a diferentes autoridades, judiciales: Tribunales de lo Mercantil, Civil, y de Primera Instancia, con competencia en Civil y Mercantil (mixtos); y administrativas: Superintendencia de Competencia, constituida por el Consejo Directivo, que será la autoridad máxima de la misma, y será conformada por el superintendente y dos directores nombrados por el presidente de La República; y las unidades que se establezcan en el Reglamento.

### **38. Ámbito de aplicación**

La Ley de Defensa de la Competencia española no establece en ningún precepto concreto los ámbitos objetivo, subjetivo y territorial de aplicación. De ahí la necesidad de acudir a un exhaustivo de los preceptos legales para resolver estas situaciones.

Respecto del ámbito objetivo es conveniente señalar que la exposición de motivos de la Ley, establece que la finalidad última de la misma es “garantizar la existencia de competencia

suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público”; en función de ese objetivo se establece en el cuerpo de la Ley un control de las conductas anticompetitivas (prohibición de los acuerdos y prácticas restrictivas, del ejercicio abusivo del poder económico y de las conductas unilaterales que falseen la competencia por medios desleales), un control de la estructura competitiva del mercado (concentraciones económicas) y un control de las ayudas públicas en los términos que más adelante se expondrán. La Ley se aplica a todos los sectores económicos, no existiendo, por tanto, sectores exentos.

En cuanto al ámbito subjetivo, es necesario destacar que la Ley de Defensa de La Competencia, no se aplica sólo a los empresarios, sino que amplía su campo de aplicación a todos los agentes u operadores económicos, es decir a todas las personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado, con posibilidad de incidir sobre el mismo, como los profesionales liberales<sup>163</sup> (v. la Ley 7/1997, del 14 de abril, Medidas Liberalizadoras en materia de Colegios profesionales y Ress. TDC de 28 de julio de 1994 y 6 de septiembre de 1995). En efecto, la Ley no se refiere, por lo general, a los autores de las prácticas restrictivas, dejando en la indefinición el ámbito subjetivo de aplicación, a diferencia de la Ley española, cuyo Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, es el que desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en materia de excepciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> [www.sic.gov.co/conceptos](http://www.sic.gov.co/conceptos), Carmen Ligia Valderrama Pozas, “Industria y Comercio, Superintendencia”, república Colombia. Las llamadas profesiones liberales son aquellas que se caracterizan por su carácter intelectual superior; lo importante no es la destreza manual, sino el intelecto, el cual es precedido de una preparación profesional que habilita al individuo para su ejercicio. Por otro lado, las profesiones liberales pueden necesitar cierto trabajo manual y un énfasis encaminado hacia el campo del entendimiento.

<sup>164</sup> MARCHESINI, D., *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Vilella, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 82. El bien jurídico protegido por la ley es “el interés económico general”, no la competencia, que es un instrumento para lograrlo; por ello se ha dicho que es un concepto más amplio y genérico que el de la libre competencia o concurrencia.

En ese orden de ideas, respecto a la Ley 528/2004 de El Salvador, en lo que concierne al ámbito objetivo es conveniente señalar que la exposición de motivos de la Ley establece que la finalidad última de la misma es “garantizar la libertad económica, en lo que no se oponga al interés social, fomentando y protegiendo la iniciativa privada dentro de las condiciones que acrecienten la riqueza nacional; pero que aseguren sus beneficios al mayor número de habitantes del país, al igual que la ley española, que en función de ese objetivo establece en el cuerpo de la ley un control de las conductas anticompetitivas (prohibición de los acuerdos y prácticas restrictivas, del ejercicio abusivo del poder económico sin incorporar las conductas unilaterales que falseen la competencia por medios desleales) que contiene también un control de la estructura competitiva del mercado (concentraciones económicas), y que a diferencia de la Ley 16/1989, no regula control de las ayudas públicas. La ley se aplica igualmente a todos los sectores económicos; la única excepción que comprende la regla general está en el artículo 2.2 que establece que “que no se aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y a los municipios. En lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la Ley.”

El Art. 1 del Decreto 528/ 2004 establece que el objeto de la ley es “el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y la eliminación de prácticas anticompetitivas que manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Se prohíben los acuerdos, pactos, convenios y contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no

competidores, cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico en los términos y condiciones establecidos en la ley.”

### **39. Prácticas prohibidas**

La Ley 528/2004 establece como prácticas prohibidas las que menciona en los artículos 25 y 26, contemplándolos en dos categorías: a) acuerdos entre competidores; y b) acuerdos entre no competidores.

#### **a) Prácticas colusorias.**

La Ley prohíbe, en primer lugar, las llamadas prácticas colusorias, (artículo 25 LC); no obstante, no las denomina como tales, pero considerando que éstas, como ya hicimos referencia en el capítulo anterior, son los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas o conscientemente paralelas, que tengan por objeto el hecho de que produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Tres son los elementos que configuran este tipo de prohibición: a) la existencia de un acuerdo o práctica concertada o de una conducta conscientemente paralela; b) el efecto restrictivo de la competencia; y c) la afectación del mercado nacional. Este último requisito lo analizamos en el epígrafe relativo al ámbito de aplicación de la ley, por lo que nos centraremos en los dos restantes.

El concepto de práctica colusoria en nuestro Derecho, al igual que en el Derecho español, se extiende a una amplia gama de figuras, entre las que se encuentran, en primer lugar, los acuerdos, que son los pactos escritos o verbales en virtud de los cuales varios operadores económicos se comprometen a restringir la competencia; en consecuencia, habrá colusión siempre que exista intercambio de voluntades entre varias

personas que puedan ser consideradas operadores económicos independientes, tanto si se trata de acuerdos de tipo horizontal, esto es cuando los operadores que conciertan se encuentran situados en el mismo escalón del proceso productivo y compiten directamente entre sí, como si se tratara de acuerdos de tipo vertical, en los que los sujetos que se conciertan pertenecen a diferentes escalones del proceso productivo y sólo compiten esporádicamente entre ellos.

Por el contrario, no se considerará acuerdo el pacto alcanzado entre un empresario y el comisionista o agente comercial, que distribuye sus productos o servicios, o entre las empresas que forman parte de un mismo grupo, porque se estima que en estos casos, no existe pluralidad de voluntades, ya que los partícipes en el acuerdo, aunque tengan personalidad jurídica distinta, desde un punto de vista económico carecen de autonomía para establecer su propia política comercial. A esta figura se equiparan las decisiones o recomendaciones colectivas, esto es los acuerdos adoptados por las asociaciones de empresarios o las corporaciones profesionales que tengan carácter vinculante (decisiones) o sean simplemente orientativos (recomendaciones), en virtud de la ficción de que se trata de acuerdos adoptados por los asociados y no de actuaciones propias de dichas personas jurídicas; por ejemplo, el acuerdo de la junta de gobierno de un colegio profesional, estableciendo honorarios mínimos o una recomendación sobre los precios, o derechos entre las distribuidoras de hidrocarburo sobre precios y plazas.<sup>165</sup>

<sup>165</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., "Tratado de Derecho de la Competencia", Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005, p. 53. Las empresas están llamadas a realizar en el mercado, por ello el legislador prohíbe como regla general los acuerdos entre empresas que pueden restringir la competencia. No obstante la cooperación entre empresas puede ser causa de eficiencias de oferta y demanda que causen un beneficio a los consumidores.

b) Prácticas concertadas.

También encontramos las prácticas concertadas, que son prácticas anticompetitivas consistentes en una forma de coordinación de los operadores económicos, imposible de explicarlas de forma natural por la propia estructura del mercado o por las condiciones de competencia existentes en el mismo, y por ello inducen a pensar en la existencia de acuerdos tácitos que difícilmente pueden ser probados. Ejemplo de ello sería una subida de precios de un determinado producto, coincidentemente en el tiempo y en la cuantía.

c) Conductas conscientemente paralelas.

Consisten en que cada uno de los operadores económicos, sin necesidad de mediar ningún tipo de acuerdo o forma de coordinación entre ellos, ajustan deliberadamente sus comportamientos a los de otros o a los de la empresa líder del sector, evitando hacerse la competencia. Frente a esta situación los precios se acercarán a los que impondría un monopolista. Muchos comerciantes o fabricantes tratan de evitar una guerra de precios, ajustando los suyos no en función de los costes sino en atención a los mercados por una determinada empresa. Para que exista esta modalidad de prácticas se requiere, de un lado, la identidad de comportamientos y, de otro, la conciencia sobre dicha identidad. Identificada la existencia de un acuerdo o práctica en cualquiera de las formas expresadas, debemos analizar el segundo elemento del tipo, que es el efecto restrictivo de la competencia. La Ley prohíbe exclusivamente las prácticas colusorias que impiden o restringen la libertad de acceso al mercado, la libertad de actuación de las empresas y la libertad de elección de los usuarios, así como las que falsean, perturban o alteran el funcionamiento concurrencial del mercado. La Ley se sirve de este elemento para configurar un tipo de prohibición objetivo, o lo que es lo mismo, una infracción de resultado. La norma deja entrever la equiparación entre el objeto o finalidad

y el resultado 25 a), b), c) y d), lo que significa que la infracción se considerará realizada no solo en los casos en los que el responsable tenga una intencionalidad anticompetitiva, es decir cuando busque directamente la restricción de la competencia, sino también en aquellos casos en los que simplemente se produzca o pueda producirse un resultado anticompetitivo, aún cuando éste no haya sido buscado a propósito. También da la idea de que habrá infracción con la sola adopción del acuerdo sin que precise ponerlo en práctica, pues para integrar el tipo resulta suficiente el efecto potencial de la conducta. La culpabilidad en esta ley no es necesaria ni para efecto de imponer sanciones, ya que el artículo 37 establece *“que para imponer sanciones, la superintendencia tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia.”*

La prohibición del artículo 25 se complementa con la enumeración ejemplificativa y no exhaustiva de una serie de supuestos de colusión, que suelen ser los mas frecuentes en el mercado y también los que revisten mayor gravedad. Así vemos que resultan prohibidos los acuerdos que consistan en a) fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones de compra o venta bajo cualquier forma; b) la fijación o limitación de cantidades de producción; c) la fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional; y d) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, sea este por territorio, volumen de ventas o compras, productos vendidos, por clientes o vendedores o por cualquier otro medio.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> Eduardo Galán Corona, “Prohibición de Prácticas Colusorias, Tratado de la Libre Competencia”, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005, p. 175. Los ordenamientos jurídicos, a la hora de articular la defensa de la competencia prohíben tales comportamientos, pero los modelos de prohibición no son uniformes. De un lado cabe establecer una prohibición sin excepciones en

La ley prohíbe exclusivamente las prácticas colusorias que impiden o restringen la libertad de acceso al mercado, la libre actuación de las empresas y la libertad de elección de los usuarios, así como las que se falsean, perturban o alteran el funcionamiento concurrencial del mercado. La ley se sirvió del mismo elemento del que se sirvió la ley de Defensa de la Competencia Española para configurar un tipo de prohibición objetivo o de resultado, ya que la norma equipara el objeto, la finalidad o el resultado (Art. 1.1 L.D.C. española y salvadoreña). Esto significa que la infracción en ambas leyes se considera realizada no solo en aquellos casos en los que el responsable tenga una intencionalidad anticompetitiva, es decir cuando busque directamente la restricción de la competencia, sino también en aquellos otros en los que simplemente se produzca o pueda producirse un resultado anticompetitivo, aunque éste no haya sido buscado de propósito. De lo dicho consideramos la idea de que para que haya infracción, bastará con la adopción del acuerdo, sin que se realice la práctica, puesto que para integrar el tipo es suficiente el efecto potencial de la conducta. La culpabilidad únicamente se tomará en cuenta a efecto de determinar la sanción (Art. 37 LDC Salvadoreña Y 10.1 LDC Española).

---

principio; es el caso del Derecho Norteamericano (sección/Sherman Act), sin desconocer el juego de la "Rule of reason" que matiza el rigor del planteamiento señalado frente a este modelo, se sitúa el supuesto de que la prohibición afecte las practicas colusorias, solamente en el caso de que las consecuencias de la misma sean constitutivas de "abuso" o produzcan graves perjuicios a la economía nacional; pero hay un sistema intermedio, que es donde se sitúa el supuesto de que la prohibición afecte las prácticas colusorias, solamente en el caso de que las consecuencias de la misma sean constitutivas de abuso o produzcan graves perjuicios a la economía nacional. Pero hay un sistema intermedio que es donde se sitúa tanto el derecho comunitario como el derecho racional; en este modelo las prácticas colusorias, esto es las concentraciones entre empresas con empresas o efecto lesivo para la competencia, están prohibidas, aunque se admite la posibilidad de exonerar de la prohibición a algunas en razón de que, pese a su objeto o efecto anticompetitivo, presentan ventajas o beneficios que aconsejan alzar la prohibición.

La Ley de Defensa de la Competencia Española sanciona con la nulidad de pleno derecho los acuerdos, decisiones o recomendaciones prohibidas por el Art. 1 de esa Ley y que no estén amparadas por las exenciones previstas en la misma Ley; a diferencia de nuestra recién aprobada ley, no contempla entre sus sanciones la nulidad absoluta de los acuerdos, considerando que la nulidad requiere de reunir el principio de “especificidad”, es decir que la conducta o los actos para que sean nulos deberán estar expresamente sancionados con nulidad por la Ley, y la nuestra no lo contempló.

Nuestra recién aprobada Ley, a diferencia de la Ley de Defensa de La Competencia Española, cuya modificación introducida en el artículo 1 por el Real Decreto-ley 7/1996 no permite a las autoridades encargadas de la defensa de la competencia dejar de perseguir aquellas conductas prohibidas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia; nuestra legislación únicamente faculta al superintendente para declarar sin lugar aquellas denuncias notoriamente improcedentes, cuando las situaciones que se invoquen no constituyan violaciones a la presente Ley. No se introduce en nuestro Derecho la llamada “regla de minimis”<sup>167</sup>, introducida

<sup>167</sup> La Regla Europea de Minimis consiste en ayudas concedidas por un Estado miembro a una empresa cuyos importes son considerados como de poca importancia, pero por ello, precisamente, menos estrictas en su normativa y notificaciones y consecución. El objetivo de estas ayudas es eximir de la obligación de notificar las ayudas de minimis compatibles con las normas de la competencia concedidas por un estado miembro a una empresa. El importe total de las ayudas no puede sobrepasar los 100,000 euros en un periodo de tres años. El beneficiario de una ayuda de minimis puede obtener otras ayudas estatales para el mismo proyecto, puesto que el importe de minimis no constituye jurídicamente una ayuda estatal. Por el contrario, para poder ejercer un control sobre la acumulación e medidas de minimis, el Reglamento prevé que se informe siempre a la empresa del carácter de minimis de la ayuda. Con el fin de ejercer un control adecuado y de garantizar una transparencia suficiente, la Comisión pide a los Estados miembros que registren toda la información relativa a las ayudas de minimis concedidas; que conserven esa información durante un período de diez años; que cuando proceda le proporcionen toda la información en un plazo de veinte días laborables. Reglamento CE No. 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, regula

en la Ley española e introducida desde hace muchos años en el Derecho comunitario europeo. Regla que hubiera sido útil a fin de que las autoridades de la competencia concentren sus esfuerzos en aquellas infracciones que verdaderamente perturben el buen funcionamiento del mercado y causen un grave daño a la economía nacional y dejen de lado los casos en los que, unas veces, por el tipo de prácticas o por la reducida dimensión del mercado afectado, y otras por la escasa importancia de los efectos que se puedan producir, el interés público no resulta afectado de manera sustancial, logrando de este modo una utilización más eficiente de los recursos asignados a la defensa de la competencia.

Es importante hacer una valoración sobre la importancia de los acuerdos en cuestión, a fin de comprender mejor el artículo 37 de la Ley de Competencia, en comento. Esta no se debe ver en atención de los elementos cuantitativos concurrentes, (volumen de negocios de las empresas o cuotas de mercado de las mismas), sino a los elementos cualitativos (mayor o menor trascendencia de la afectación del interés público, que se traduce en el buen funcionamiento concurrencial del mercado).

d) Abuso de posición dominante.

La Ley de Defensa de la Competencia Española extiende la prohibición de las conductas anticompetitivas a la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado relevante nacional (6.1). Esta norma pretende impedir que las empresas que ostentan poder de mercado lo utilicen en detrimento del funcionamiento concurrencial del mismo. A diferencia de la Ley española, la Ley salvadoreña prohíbe las acciones que constituyan abusos de la posición dominante de un agente económico en un mercado (entendiendo como agente económico a toda persona natural o jurídica, pública o privada,

---

la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis.

dedicada directa o indirectamente a una actividad económica lucrativa o no); pero no aplica la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado haya sido establecida por disposición legal, esto es a los monopolios legales. Se debe quizás al hecho de que nuestra Carta Magna prohíbe los monopolios, excepto los del Estado (son los únicos legales).

Los elementos que integran este tipo de prohibición son:

- a) La existencia de una posición dominante.<sup>168</sup> Ninguna de las leyes comentadas contiene un concepto jurídico de posición dominante, dejando su definición a la ciencia económica. Desde este punto de vista, tal como ya se dijo, se considera que un operador económico se encuentra en posición de dominio en un mercado cuando puede actuar de manera independiente en el mismo, sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes. La determinación de la existencia de una posición dominante no puede hacerse en abstracto ni con carácter general, sino que ha de hacerse con respecto a un supuesto concreto, delimitando los mercados relevantes de producto y geográfico; también por la determinación de la posición que ocupa la empresa en los citados mercados relevantes.<sup>169</sup> Para dichos efectos se consideran como mercado geográfico relevante aquellos mercados que representan condiciones homo-

<sup>168</sup> ALONSO SOTO, R., *La empresa y la regulación de la competencia en España*, 1990, p.89 y s.s. Sostiene que un operador económico se encuentra en posición de dominio en un mercado cuando puede actuar de manera independiente en el mismo, sin tomar en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes.

<sup>169</sup> PAZ A., *El Ilícito Concurrencial, de la dogmática monopolista a la política Antitrust*, 1981, p. 7 y s.s. Considera el mercado relevante geográfico a aquel que presenta unas condiciones homogéneas y diferentes de otras áreas vecinas. El mercado relevante de producto estará constituido por todos aquellos productos existentes en el mercado que sean sustituibles entre sí. Se considera que integran un mismo mercado aquellos productos que, desde el punto de vista de la demanda, pueden considerarse similares por la función que cumplen su precio y sus atributos.

géneas y diferentes de otras áreas vecinas. El mercado relevante de producto estará constituido por todos los productos existentes en el mercado, sustituibles entre sí, debiendo considerar que integran un mismo mercado aquellos productos que desde el punto de vista de la demanda pueden considerarse similares por la función que cumplen, su precio y sus atributos. Finalmente, para determinar la posición que un operador económico ocupa en el mercado, no habrá que fijarse sólo en la cuota de mercado que tiene en el mismo, sino que habrá que considerar también la estructura de dicho mercado (número de empresas que operan en el mismo y si el grado de concentración de dichas empresas es alto, moderado o muy bajo) y la existencia de barreras u obstáculos que dificulten la entrada de algún nuevo competidor (normas legales o técnicas, ventajas tecnológicas, marcas de renombre, costes de transporte, poder financiero, etc.); con todo este análisis persigue precisar con la mayor exactitud si el operador económico tiene poder de mercado. b) La presencia de un comportamiento abusivo, es decir de una conducta antijurídica o contraria a los principios que rigen el ordenamiento económico. Debemos entender que un operador económico abusa de su posición de dominio en el mercado cuando se comporta de manera diferente a como actuaría si estuviera en un mercado plenamente competitivo. A diferencia de la Ley de Competencia Española, nuestra Ley no contempla la posición colectiva de dominio, esto es cuando el poder de mercado no lo detenta una sola empresa sino conjuntamente varias empresas; en estos casos las empresas actúan al unísono o adoptan en forma paralela comportamientos uniformes de tipo abusivo; sin embargo, podría intentarse hacer una interpretación extensiva de la norma y considerar la

posibilidad de sancionar la posición de dominio cuando se presente en forma colectiva.

- b) La presencia de un comportamiento abusivo, es decir la existencia de una conducta antijurídica o contraria a los principios que rigen el ordenamiento económico. Debemos entender que un operador económico abusa de la posición de dominio dentro del mercado relevante determinado, cuando se comporta de forma diferente a la que actuaría si se encontrara en un mercado plenamente competitivo.

La Ley de Competencia recién aprobada enumera una serie de conductas que considera abusivas. Tales comportamientos son los siguientes: a) la creación de obstáculos a la entrada de competidores o a la expansión de competidores existentes; b) el limitar, impedir o desplazar en forma significativa la competencia dentro del mercado; c) la disminución de precios en forma sistemática, por debajo de los costes, siempre y cuando tenga por objeto eliminar uno o varios competidores o evitar la entrada o expansión de éstos; y d) la venta o prestación de servicios en alguna parte del territorio del país a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del mismo territorio, cuando la intención o el efecto sea disminuir, eliminar o desplazar competencia en esa parte del país, supuestos que coinciden sustancialmente con las prácticas colusorias; pero a diferencia de estas existe un elemento determinante de la antijuridicidad, que es la calificación del comportamiento empresarial como injustificado o no equitativo.<sup>170</sup>

<sup>170</sup> Wallbrocck y Frigmani, "Derecho Europeo de la Competencia Tomo I", versión española por Sáenz-Cartabarría Fernández I y Morales Isasi, Barcelona, 1998, p.p. 374-375. El Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea afirma en su sentencia Matra Hochette (15-7-94): La adquisición o el refuerzo de una posición dominante, individual o colectiva no está prohibida como tal por los artículos 85 y 86 del Tratado.

La Ley de Defensa de la Competencia Española incluye entre las conductas prohibidas los actos de competencia desleal, por falsear de manera sensible la competencia libre, que afecta el interés público; sin embargo no pretende regularla, pues el único interés es lograr dos objetivos: a) coordinar la aplicación de todas las leyes que tienen por objeto la regulación de la competencia; y b) solucionar el problema técnico que le ocasionó la legislación anterior y que imposibilitaba la aplicación de la ley a las conductas de carácter unilateral realizadas por empresas, que no encontrándose en posición dominante, tienen un cierto poder de mercado y lo utilizan para el falseamiento de los mecanismos con concurrenciales mediante los actos desleales.

El Tribunal de Defensa de la Competencia Español ya ha consolidado en su jurisprudencia, que para que proceda dicha aplicación es preciso que concurren los supuestos siguientes:

- a. Que exista un acto de competencia desleal, es decir un comportamiento de parte del operador económico, que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.
- b. Que dicho acto afecte a la libertad de competencia entendida como el mecanismo garante del funcionamiento concurrencial del mercado:
- c. Que la afectación sea significativa, lo cual significa que el acto desleal tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el mercado, poniendo en peligro el interés público.

Nuestra Ley no incorporó los actos desleales en cuyo caso al haber actos de competencia desleal, deberá acudir a la jurisdicción ordinaria mercantil, en los términos que se establecen en el Código de Comercio.

## 40. El sistema de autorizaciones

En el Derecho salvadoreño no se previó un sistema de autorizaciones<sup>171</sup> de las prácticas colusorias, a diferencia del Derecho español, en el que La Ley de Defensa de la Competencia establece un sistema de autorizaciones, mediante el cual no todas las prácticas colusorias resultarán prohibidas; distinguiendo claramente las que tienen su origen en una norma legal (autorizaciones por Ley) y las que proceden de una resolución o disposición de la Administración del Estado (autorizaciones administrativas).

La Ley establece además una exención con respecto a las actuaciones de las administraciones y organismos públicos en el mercado, las cuales quedan al margen de la prohibición cuando resultan amparadas por una norma con rango de ley que autorice su intervención. Como contrapartida de esta exención y en aras de la defensa de la libertad de competencia en el mercado, se ha establecido que el Tribunal de Defensa de la Competencia debe emitir un informe sobre los proyectos de normas con rango de ley que afecten la competencia, y se faculta a dicho órgano para que pueda dirigir al Gobierno propuestas motivadas de modificación o supresión de las situaciones de restricción de la competencia creada al amparo de normas legales.

### 40.1 Autorizaciones por ley

La referida ley de Defensa de la Competencia contiene la prohibición general en el artículo 1 y el artículo 2 de la misma

<sup>171</sup> L. Ribo Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario de Derecho Empresarial", Bosch, Casa Editorial S.A., 1998, Barcelona, España, p. 94. Acto administrativo favorable mediante el cual las administraciones públicas permiten que el administrado ejerza un poder o un derecho que estaba ya a disposición de aquel; pero que solo podría usarlo previa manifestación de voluntad de la administración, la cual se fundamentará en la idoneidad de las conclusiones para usar de tal derecho el ciudadano.

Ley, establece una dispensa legal de la prohibición, que motiva la imposibilidad de enjuiciar dichos comportamientos por las autoridades de defensa de la competencia.

Dicha Ley establece también una exención con respecto a las actuaciones de las administraciones y organismos públicos<sup>172</sup> en el mercado, las cuales quedan al margen de la prohibición cuando resulten amparadas por una norma con rango de ley que expresamente autorice dicha intervención. Por el contrario, la prohibición se aplicará en toda su extensión a las situaciones de restricción de la competencia, creadas por las administraciones públicas y por los organismos, entes y empresas públicas cuando no cuenten con dicho amparo legal.

#### **40.2. Autorizaciones por disposición administrativa**

Junto a las conductas autorizadas por ley caben también las autorizaciones por actos o disposiciones administrativas. Sin embargo, solo podrán ser objeto de este tipo de autorizaciones los acuerdos o prácticas colusorias que contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes o servicios, o a promover el progreso técnico o económico.

Las autorizaciones por disposición administrativa podrán ser autorizaciones singulares. Se trata de actos administrativos de dispensa de la prohibición legal que se otorgan caso por caso por el Tribunal de Defensa de la Competencia y exclusivamente a solicitud de parte interesada. Este tipo de autorizaciones son temporales, generalmente se conceden por cinco años y pueden prorrogarse, además de someterse al cumplimiento de determinadas condiciones u obligaciones y, finalmente, podrán ser revo-

<sup>172</sup> Guillermo Cabanellas, "Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia." Editorial Heliasta, Argentina, Tomo V, p. 707. Término genérico que identifica, a cualquier dependencia, entidad o institución del Estado que tenga o administre un patrimonio o presupuesto formado con recursos o acciones estatales o municipales.

cadadas o modificadas si se produce un cambio fundamental de las circunstancias que se tomaron en cuenta para su concesión, autorizaciones por categoría de acuerdos que las otorgarán por el Gobierno mediante la promulgación de reglamentos de exención, en cuya elaboración interviene el Tribunal de Defensa de la Competencia, cuando en los acuerdos participen únicamente dos empresas e impongan restricciones en la distribución o suministro de bienes y servicios o en la adquisición o utilización de derechos de propiedad intelectual e industrial, incluido el “Know-how.”<sup>173</sup>

La ley 528/2004 en el artículo 1.2 prohíbe los acuerdos, pactos, convenios, contratos entre competidores y no competidores, así como los actos entre competidores y no competidores, cuyo objeto sea limitar o restringir la competencia o impedir el acceso al mercado a cualquier agente económico, en los términos y condiciones establecidos en la misma. Y en el artículo 2.2 contempla una exención cuando establece: “No obstante lo anterior, esta ley no aplicará a las actividades económicas que la Constitución y las leyes reserven exclusivamente al Estado y los municipios. En lo que no concierne a tales actividades, las instituciones y dependencias del Estado y los municipios están obligados a acatar las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

<sup>173</sup> L. Ribo Durán, J. Fernández Fernández, “Diccionario de Derecho Empresarial”, Bosch, Casa Editorial S.A., 1998, Barcelona, España, p. 519. Además de referirse a un procedimiento de fabricación, puede concernir a la actividad comercializadora. En ese sentido se refiere a la organización interna de la empresa, o administración, a las relaciones entre empresa y cliente o distribución y a las relaciones entre empresas y proveedores o suministros. Los conocimientos o métodos con posible aplicación mercantil, que pueden alcanzar la prestación de servicio constan de un elemento intelectual, que es el auténtico “Know how” y un soporte físico o material. En todo caso el “Know how” industrial o comercial ha de consistir en una información técnica suscita y ha de tener valor patrimonial.

#### **41. Control de las operaciones de concentración económica**

La Ley de Competencia, al igual que el Derecho español, aborda el control de las concentraciones empresariales desde la óptica de la estructura competitiva del mercado. Tomando en cuenta, por una parte, la especial naturaleza de este control que solamente pretende garantizar que la estructura del mercado sea competitiva y que ningún operador económico logre por este medio alcanzar o reforzar su poder de mercado.

Para efecto de la Ley salvadoreña, se considera que existe concentración “cuando agentes económicos independiente entre sí realicen acuerdos que tengan como finalidad la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de negocios en todo o en parte”, y “cuando uno o más agentes económicos, que ya controlan por lo menos otro agente económico adquieran por cualquier medio el control directo o indirecto de todo o de parte de más agentes económicos.”

Para la referida Ley se entiende por control “la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico, o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos.”

La Ley de Competencia 528/2004 contempla en su artículo 33 que las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria<sup>174</sup>, o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales

<sup>174</sup> [www.mtps.gob.sv/default.asp](http://www.mtps.gob.sv/default.asp), Ministerio de Trabajo y Previsión Social. 49.70 de colón diarios, equivalentes a 5.68 dólares, (consultado el cuatro de junio del dos mil siete).

urbanos, en la industria deberán solicitar autorización previamente a la Superintendencia.

Los agentes económicos interesados en obtener una autorización deben presentar una solicitud escrita señalando los nombres, denominaciones o razones sociales de las partes involucradas y la naturaleza de la transacción que desean llevar a efecto, acompañando los estados financieros de los agentes involucrados, correspondientes al último ejercicio fiscal y todos los demás datos necesarios para tener un pleno conocimiento de la transacción.

El organismo encargado de otorgar dicha autorización es la Superintendencia, y deberá determinar si la concentración provocará una limitación significativa de la competencia, para lo cual deberá determinar si hay o no un mercado relevante. En este sentido, se considera la etapa de definición del mercado relevante como una de las más importantes del proceso de investigación y resolución de casos en materia de competencia, incidiendo directamente en las conclusiones y decisiones que de las investigaciones se deriven.

Por ejemplo, un sector como el de bebidas podría contener diferentes mercados relevantes, tales como el de bebidas carbonatadas, refrescos naturales, bebidas alcohólicas, etc. Aunque similares entre sí, la diferencia en ciertas características y finalidades de uso de estos productos originan condiciones de competencia y estructuras diferentes, por lo que deberán ser objeto de estudio de manera individual. Por lo especial de la metodología de análisis, muchas veces en sus procesos investigativos la SC solicitará directamente a los agentes económicos y demás entidades involucradas en el mercado relevante, información que coadyuve a su correcta definición. Por tal razón la cooperación en el suministro exacto y oportuno de dicha información es de vital importancia para la expedita resolución de denuncias y la óptima aplicación de la Ley de Competencia de El Salvador, debiendo tomar en cuenta los siguientes aspectos:

a) Las posibilidades de sustituir el bien o servicio del que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medios tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución.

b) Los costos de distribución del bien mismo de sus insumos relevantes de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, tomando en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante.

c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados.

d) Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores o fuentes alternativas de abastecimiento, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

También debe determinar si el agente económico<sup>175</sup> tiene una posición dominante en el mercado relevante, y para ello debe de considerar lo siguiente:

- a) Su participación en el mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante, sin que el agente competidor puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder.

<sup>175</sup> L. Ribó Durán. J. Fernández Fernández. "Diccionario de Derecho Empresarial", Boch, Casa Editorial, S.A., 1998, Barcelona, España, p.53. Personas que intervienen en un sistema económico participando en la producción, el consumo, el trabajo, el abuso, la prevención, etc., pueden ser aportes económicos tanto las personas naturales como las jurídicas, sean privadas o públicas. En el ámbito de las relaciones laborales, el uso ha consagrado una denominación más específica del término agentes económicos, que se aplica a los representantes de los empresarios en contraste con los agentes sociales, que son los representantes antes de los trabajadores.

- b) La existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar dichas barreras, como la oferta de otros competidores.
- c) La existencia y el poder de sus competidores.
- d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.

Además de lo anterior deberá establecer la eficiencia económica y cualquier otro elemento relevante.

La Superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración en los términos de la Ley, siempre y cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor, que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no dará como resultado una reducción de la oferta en el mercado.

La Superintendencia cuenta con un plazo no mayor de noventa días calendario a partir del siguiente al de la presentación de la solicitud, para emitir resolución sobre una concentración. Está facultada para requerir información adicional cuando considere que la presentada es insuficiente; pero deberá hacer tal requerimiento dentro de los quince días después de presentada la solicitud, en cuyo caso el plazo para emitir resolución comenzará a contarse a partir del día siguiente al de la presentación de la información adicional requerida. Si la superintendencia no resuelve en el plazo referido, se entenderá que la fusión puede llevarse a cabo aplicando el conocido silencio administrativo.<sup>176</sup>

<sup>176</sup> DROMI, R., "Derecho Administrativo", 7.<sup>a</sup> edición actualizada, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 1238. En materia de Derecho administrativo se establece como una desestimación tácita el silencio administrativo, es decir que la decisión como producto de un procedimiento administrativo es un presupuesto obligado del acto administrativo, a

## 42. Control de las ayudas públicas en el sistema español

El marco normativo de la nueva Ley de Defensa de la Competencia en el sistema español fue completada con una regulación especial de las ayudas públicas. La Ley en esta materia trata de establecer un mecanismo de control que evite los casos en los que este tipo de prácticas produzcan distorsiones de la competencia y discriminaciones injustificadas de unas empresas respecto de otras. Con el objeto de corregir dichas situaciones contempla la posibilidad de que el Tribunal de Defensa de la Competencia, a solicitud del Ministro de Economía y Hacienda, examine las ayudas otorgadas a las empresas por cualquier poder público para comprobar sus efectos sobre las condiciones de competencia en el mercado. Dicha Ley comprende que a la vista del dictamen del Tribunal, el ministro podrá proponer la supresión o la modificación de las ayudas, o bien las medidas adecuadas para el mantenimiento o restablecimiento de la competencia.<sup>177</sup>

Las ayudas públicas serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los estados miembros de la Comunidad Europea,

---

su vez este último es un presupuesto de la acción judicial que es objeto de la litis. De no producirse la revolución decisoria del reclamo dentro de los plazos señalados por la ley, se configura la retardación prevista como presupuesto sustitutivo de la denegación. El retardo administrativo habilita para demandar por denegación tácita. Se entiende que hay denegación tácita cuando: a) formulada alguna petición, no se resolviera definitivamente dentro de cierto plazo de estar el expediente en estado de resolución; y b) el órgano competente no dicte las providencias de trámite en asuntos que den lugar a las acciones procesales en los plazos establecidos por las normas que regulan el procedimiento administrativo y haya transcurrido cierto plazo procesal.

<sup>177</sup> ALONSO SOTO, R., *La empresa y la regulación de la competencia en España*, España, 1990, p. 89 y ss. Al margen de lo dicho, el autor explica que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha considerado que el otorgamiento de determinados privilegios por parte del Gobierno de una comunidad autónoma a una empresa pública en detrimento de la actividad de las empresas competidoras, podría ser considerado como un acto de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, prohibido por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones específicas.

El artículo 88 del Tratado de la Comunidad Europea es el que ostenta la competencia exclusiva en materia de control de las ayudas concedidas por los Estados miembros. Dicho control se lleva a cabo mediante el examen sobre la base de los presupuestos establecidos por el artículo 87 del Tratado CE, tanto de los regímenes de ayudas existentes con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado CE, en cada uno de los Estados miembros de la Comunidad, como de las ayudas otorgadas ulteriormente, previendo el apartado 3 del artículo 88 el deber de los Estados miembros de notificar a la Comisión cualquier concesión o modificación de las ayudas públicas, que únicamente podrán ser ejecutadas previa autorización de la Comisión.

La legalidad de la tarea fiscalizadora queda sometida en caso de surgir un conflicto, al control de la jurisdicción comunitaria, a través del análisis tanto de recursos directos como de anulación de los actos de las instituciones comunitarias, regulado por el artículo 230 del Tratado CE, así como mediante el procedimiento prejudicial incoado a partir de cuestiones remitidas al Tribunal de Justicia de las comunidades europeas por los tribunales nacionales de acuerdo con el artículo 234 Tratado CE. Constatada la ilegalidad de una ayuda pública, será necesario el restablecimiento de la competencia efectiva, pudiendo requerir la Comisión la recuperación en los montantes percibidos de fuentes estatales. En este contexto las autoridades competentes de los Estados miembros coadyuvarán con arreglo al deber de cooperación con las instituciones comunitarias consagrado en

el artículo 10 del Tratado CE, a la aplicación y las decisiones de la Comisión en la materia.<sup>178</sup>

### 43. Órganos de defensa de la competencia

El modelo salvadoreño de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia se basa fundamentalmente en la separación entre las funciones de vigilancia del mercado, instrucción de expedientes sancionadores y formulación de acusación por la realización de prácticas anticompetitivas que se encomiendan al superintendente de Competencia y a las funciones de adopción de decisiones e imposición de sanciones, que se atribuyen al Consejo Directivo, que es la máxima autoridad de la Superintendencia. El Derecho español se fundamenta en la misma separación de funciones, sólo que a diferencia de nuestro Derecho, las funciones encargadas al superintendente se las encomiendan al Servicio de Defensa de la Competencia, y las funciones encargadas al Consejo Directivo se las atribuyen al Tribunal de Defensa de la Competencia, así:

- a) La Superintendencia de Competencia es una institución de Derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestaria para el ejercicio de las atribuciones y deberes que se estipulan en la recién ley aprobada, cons-

<sup>178</sup> BENEYTO PÉREZ, J. M., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, p. 1572 y ss. Tal tarea deberán llevarla a cabo los organismos nacionales competentes de conformidad con las modalidades establecidas a ese respecto por los ordenamientos jurídicos nacionales. El Reglamento 659/1999 ha establecido las pautas y los principios de actuación de la Comisión en materia de control de las ayudas de Estado con el fin principal de incrementar la transparencia y la seguridad jurídicas. El procedimiento de control estructurado en dos fases, incoado por la Comisión de oficio o por denuncia. La primera fase es de análisis preliminar, y la comisión podrá iniciar una investigación formal, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 88 del Tratado CE, si mantuviera serias dudas respecto a la compatibilidad de la intervención estatal con el mercado común, de acuerdo con los criterios ya definidos por el Tratado de la Comunidad Europeas en el artículo 87.

tituida por el Consejo, el superintendente y las unidades que se establezcan en el Reglamento correspondiente. La Superintendencia deberá tener su domicilio en la capital de la república, pero se le ha facultado para establecer oficinas en cualquier lugar del territorio nacional.

- b) La Superintendencia tiene relación con el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Economía. La finalidad de la Superintendencia es velar por el cumplimiento de la Ley que comentamos, mediante un sistema de análisis técnico, jurídico y económico que se complementará con los estudios de apoyo y toda actividad que resulte pertinente para efectuar todas las actividades en forma optima.
- c) La superintendencia estará constituida por un consejo directivo, que se conformará por un superintendente y dos directores nombrados por el presidente de la República. El superintendente y las unidades deberán establecerse en el Reglamento correspondiente. Habrá además tres directores suplentes, quienes asistirán a la Junta de Directores con voz pero sin voto, salvo cuando actúen en sustitución de los directores propietarios. La máxima autoridad de la Superintendencia será el Consejo.
- e) El superintendente tiene la finalidad de velar por el cumplimiento de la Ley de Competencia, le corresponde presidir la Junta de Directores, será un funcionario de tiempo completo y no podrá ejercer ninguna actividad profesional a excepción de la docencia universitaria, y siempre y cuando dicha actividad no vaya en menoscabo del desarrollo de sus funciones. Le corresponde también la representación legal de la Superintendencia y estará a cargo de la dirección superior y la supervisión de las actividades de la Superintendencia; él y los directores durarán cinco años en sus funciones y

podrán ser reelegidos en su cargo. Está sometido al régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la administración del Estado, tiene independencia en el ejercicio de sus funciones y con exclusivo sometimiento al ordenamiento jurídico. Tanto los directores como el superintendente deberán ser salvadoreños, mayores de treinta años de edad, con grado universitario en Economía, Derecho, Administración de Empresas u otras profesiones afines, de reconocida honorabilidad, probidad notoria, con conocimientos y experiencias en las materias relacionadas con sus atribuciones, y deberán estar en posesión de los derechos de ciudadano y no haberlos perdido en los cinco años anteriores al nombramiento.

Entre sus funciones<sup>179</sup> destacan las siguientes: una función de conocimiento, consistente en conocer de oficio o por denuncia, las situaciones en que pueda ser afectada la competencia en el mercado, realizar investigaciones y ordenar la instrucción de expedientes, una función de tutela del mercado, puesto que puede ordenar la instrucción de los expedientes que correspondan en cada caso; ordenar además una función decisoria consistente fundamentalmente en declarar la admisibilidad, inadmisibilidad o improcedencia de las denuncias presentadas; dirigir una función investigativa mediante ordenar y contratar la realización de estudios

<sup>179</sup> L. Ribó Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario Empresarial", Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998, Barcelona, España, p. 77. Relación de dependencia distante entre dos o más variables, que pueden aplicarse matemática, gráfica o literariamente, en general se suele representar mediante una ecuación que manifiesta que la variable dependiente toma un valor para cada uno, de los valores que tomen las variables independientes; la calificación de dependiente o independientemente es convencional, ya que en un sistema económico, todas las razones dependen las demás; se suele denominar independientemente a la que figura en el primer miembro de la ecuación porque si se ha despedido, es para administrar los valores que adopta al variar las demás.

de mercado y consultorías específicas sobre aspectos técnicos que sean necesarios para cumplir con el objetivo de la Ley.

d) El Consejo Directivo

Es el órgano encargado de la vigilancia del mercado y de la instrucción de los expedientes, ordenando el cese de las prácticas anticompetitivas; autorizando, denegando o condicionando las solicitudes de concentración económica, imponiendo sanciones e informando a los entes reguladores.

El Consejo tiene además, como obligación, conocer y resolver sobre el recurso de revisión interpuesto contra sus resoluciones, así como someter a consideración del Órgano Ejecutivo, a través del ramo de Economía, propuestas de reformas a la Ley, reglamentos y demás normativa aplicable, así como aprobar el presupuesto anual de gastos de funcionamiento de la institución; y como ya se dijo, está conformado por un superintendente, tres directores propietarios y tres directores suplentes, nombrados por el presidente de la República.

#### **44. Procedimientos, sanciones y recursos**

Según la doctrina existen tres clases de procedimientos administrativos especiales en materia de competencia: a) el procedimiento sancionador (Art. 37 a 39); b) el procedimiento de autorizaciones (Art.33 a 36); y c) el procedimiento de adopción de medidas cautelares.

En la Ley de Competencia Salvadoreña, el procedimiento sancionador se iniciará de oficio o mediante denuncia, a instancia de persona interesada. El superintendente podrá efectuar, con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionatorio, actuaciones previas por parte de funcionarios de la Superintendencia, con facultades para investigar, averiguar, inspeccionar en materia

de prácticas anticompetitivas, con el propósito de determinar con carácter preliminar la concurrencia de posibles violaciones a la Ley. En ningún caso el resultado de las actuaciones previas podrá constituir prueba dentro del procedimiento (Art. 41.2 LC). Nuestra legislación no dice cuál es el objetivo de las actuaciones previas, sin embargo pareciera que al igual que LDC española, es un estudio preliminar de posesibilidad que establece que el servicio podrá realizar diligencias preliminares para constatar su veracidad, y tras esas diligencias procederá a incoar expediente o archivar la denuncia. En nuestra Ley, recién aprobada, la instrucción del procedimiento se ordenará mediante resolución motivada, en la que se indique lo siguiente: a) el funcionario que ordena la instrucción con expresión de lugar y fecha de resolución; b) nombramiento del instructor del procedimiento, que actuará por delegación y del secretario de actuaciones que tendrá asimismo las atribuciones de notificador; c) exposición sucinta de los hechos que justifiquen la investigación, la clase de infracción que se constituye y la sanción a que pudiere dar lugar; y d) indicación del derecho de vista de las actuaciones, de alegar e invocar las leyes y demás motivaciones jurídicas que justifiquen lo actuado por el presunto infractor, a aportar pruebas de descargo, a hacer uso de la audiencia y de las demás garantías que conforman el debido proceso legal. (Art. 43 LC). El superintendente en el ejercicio de sus atribuciones podrá requerir el informe o la documentación relevante para realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trata. El superintendente puede realizar las investigaciones necesarias para la debida aplicación de esta Ley. En el curso de las inspecciones podrá examinar, ordenar compulsas o realizar extractos de los libros y documentos, incluso de carácter contable, y si procediere a retenerlos por un plazo máximo de diez días. En sus inspecciones podrá ir acompañado de peritos en las materias en que versen

las investigaciones (Art. 44 LC). La resolución que ordene la investigación se notificará al presunto infractor, observando las formalidades que para los actos de comunicación establece el Art. 220. 3 del Código de Procedimientos Civiles. En el acto de la notificación se le entregará al presunto infractor copia del acta que al efecto se levante y de las actuaciones previas, si las hubiere. En el caso de denuncia, también se le entregará copia de la denuncia. El presunto infractor dispondrá de un plazo de treinta días a contar de la notificación a que se refiere el inciso anterior para aportar las alegaciones, documentos e informaciones que estimen conveniente y propondrá los medios probatorios de los que pretenda hacerse valer y señalará los hechos que pretendan probar. Precluido el período de alegaciones, se abrirá a pruebas el procedimiento por el plazo de veinte días hábiles. Las pruebas aportadas se evaluarán conforme a la sana crítica. Una vez integrado el expediente, el superintendente deberá concluir sus investigaciones y remitir el mismo al Consejo Directivo, el cual deberá emitir resolución dentro de un plazo no mayor a doce meses y por una sola vez, cuando las circunstancias así lo ameriten (Art. 45 LC). La Ley exige que todas las resoluciones que emita la Superintendencia en que se afecten derechos, se establezcan sanciones o se dicten sobreseimientos o suspensiones de investigación, deberán emitirse en forma razonada, es decir que deben conservar la motivación como principio fundamental del debido proceso legal (Art. 46 LC).

El superintendente está facultado para declarar sin lugar las denuncias que sean notoriamente improcedentes, dicha improcedencia se fundamenta en el hecho que las situaciones que se invoquen no constituyan violaciones a la ley; esta facultad es una herramienta a fin de no trabajar innecesariamente y especialmente de evitar dispendios innecesarios que obstaculicen la verdadera función de la ley. (Art. 47 LC).

Para imponer sanciones la Superintendencia tomará en cuenta la gravedad de la infracción, el daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia (Art. 37 LC). Las infracciones a la Ley serán sancionadas con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios establecidos en el artículo anterior y que tendrá un máximo de cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria, es decir ciento cincuenta y cuatro dólares con ochenta centavos de dólar por cinco mil, equivalentes a siete mil setecientos cuarenta dólares.<sup>180</sup> La Superintendencia podrá imponer multas de hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso, a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta; también podrá imponer una multa hasta por el monto que hubiera correspondido de haberse comprobado la infracción a aquellos denunciados cuyas peticiones hubiesen sido declaradas improcedentes por la Superintendencia y se hubiese comprobado que la intención de las mismas hubiese sido limitar la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover la salida de él. La Superintendencia dará aviso a las instituciones del Estado, de las sanciones impuestas por infracciones a la fijación o limitación de precios en subastas o en cualquier otra forma de licitación pública o privada, nacional o internacional, a excepción de la oferta presentada conjuntamente por agentes económicos y que claramente sea identificada como tal en el documento presentado por los oferentes (Art. 25.3 LC).<sup>181</sup> Durante los trámites de la investigación, el Superintendente podrá ordenar la suspen-

<sup>180</sup> El Ministerio de Trabajo y Previsión Social anunció oficialmente la vigencia de los nuevos montos del salario mínimo, a partir del 1 de junio de 2003, de acuerdo al Decreto n.º 37, publicado en el Diario Oficial n.º 39, Tomo 359 de fecha 23 de mayo.

<sup>181</sup> Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Art. 148.

sión o terminación de la misma cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la presunta práctica anticompetitiva por la cual se le investiga. En este caso no habrá imposición de sanciones. Lo anterior no será aplicable cuando el infractor sea reincidente.

En la Ley de Defensa de la Competencia Española una vez acordada la incoación del expediente sancionador, el servicio practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y recogerá aquellos que puedan ser constitutivos de infracción en un pliego de cargos que se notificará a los interesados para que en un plazo de 15 días puedan contestarlo y proponer las pruebas que consideren necesarias. Las pruebas propuestas por los presuntos infractores serán recogidas en el informe del servicio, expresando su práctica o, en su caso, denegación. Los interesados, en cualquier momento del procedimiento, pueden aducir alegaciones, que serán tomadas en cuenta por el servicio al redactar el informe relacionado.

La Ley de Defensa de la Competencia Española tiene en común con la nuestra el hecho de que se iniciará de oficio o a instancia de persona interesada; en este último caso, una vez recibida la denuncia, el servicio, al igual que en la Ley salvadoreña, puede realizar diligencias preliminares para constatar su veracidad, y tras estas diligencias procederá a incoar expediente o a archivar la denuncia (Art. 36 L.DC) una vez acordada; en caso de la incoación del expediente sancionador, el servicio practicará los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y recogerá aquellos que puedan ser constitutivos de infracción en un pliego de cargos que se hará notificar a los interesados; para que puedan contestarlo y proponer las pruebas que consideren necesarias. Concluido el período probatorio el servicio podrá sobreseer el expediente o remitir el expediente al tribunal, formulando acusación por las conductas observadas. (Art. 37). La fase ante el tribunal se iniciará con la

admisión a trámite del expediente o su devolución al servicio si se considerara que la instrucción no ha sido completa (Art. 39). Si se admitiere a trámite el expediente, el tribunal lo pondrá de manifiesto a los interesados durante un breve plazo, para que propongan pruebas y soliciten la celebración de vista oral o por el trámite de conclusiones escritas (Art. 41). La legislación española ya adelantó en materia de competencia; pero nuestra legislación, no obstante de que nuestras máximas autoridades están convencidas de que la oralidad en un proceso civil es necesaria, no vislumbra voluntad política y tampoco institucional, de compromiso con el país, de cara al progreso de que el país contemple este plazo de alegaciones.

#### **44.1. Procedimiento de autorizaciones**

En el caso de concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan a cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria, o que los ingresos totales de las mismas excedan a sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria, se deberá solicitar autorización previamente a la Superintendencia.

Se iniciará exclusivamente de parte de los agentes económicos interesados, quienes deberán presentar solicitud escrita ante la Superintendencia, señalando los nombres, denominaciones o razones sociales de las partes involucradas, la naturaleza de la transacción que desean llevar a efecto, acompañando los estados financieros de los agentes involucrados correspondientes al último ejercicio fiscal, y los demás datos que sean necesarios para conocer de la transacción (Art. 33 LC).

Para determinar si una concentración provocará una limitación significativa de la competencia, la Superintendencia deberá tomar en cuenta los criterios para determinar al mercado

relevante<sup>182</sup> y si tienen una posición dominante en el mercado relevante, que son los siguientes: a) posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medios tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y con el tiempo requerido para tal sustitución; b) los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos relevantes, de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, teniendo en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante; c) los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; d) las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas; e) su participación en dicho mercado y la posibilidad de fijar precios unilateralmente o restringir el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan real o potencialmente contrarrestar dicho poder; f) la existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores; g) la existencia de barreras a la entrada y a los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas

<sup>182</sup> L. Ribó Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario de Derecho Empresarial", Bosch, Casa Editorial, S.A., 1958, Barcelona, España, p. 564, oración básica para determinar entente o de otra forma, tipificada legalmente, de infracción al derecho comunitario de la libre competencia. Sirve para determinar la existencia de una posición dominante por parte de una empresa, de la misma manera que sirve para determinar los efectos de un acuerdo, decisión o práctica empresarial y su posible calificación como entente. La jurisprudencia comunitaria utiliza tres factores para delimitar la noción de mercado relevante: primero el factor tiempo, segundo el factor espacio; y tercero el factor producto. El factor temporal se refiere a la duración de la influencia que la actuación o posición empresarial establezca. El factor espacial se refiere a la delimitación geográfica de mercado cuestionado. El factor producto hace alusión a los conceptos de sustituibilidad, semejanza y complementariedad de aquél.

barreras como la oferta de otros competidores; h) la existencia y poder de sus competidores; i) las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos, además deberá tomarse en cuenta la eficiencia económica y cualquier otro elemento relevante (Art. 28 y 29 LC).

La superintendencia no podrá denegar los casos de fusiones, consolidación integración o adquisición del control de empresas que le sean sometidos a su consideración, en los términos establecidos en la Ley, cuando los interesados demuestren que puede haber ganancias significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos y beneficios directos al consumidor, que no puedan alcanzarse por otros medios y que garanticen que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado (Art. 34 LC).

La Superintendencia cuenta con un plazo no mayor de noventa días calendario a partir del siguiente al de la presentación de la solicitud, para emitir resolución sobre una concentración. En caso que la Superintendencia de Competencia requiera información adicional o que considere que es insuficiente la presentada, deberá requerirla en el plazo de quince días después de presentada la solicitud. En este caso, el plazo establecido para emitir la resolución comenzará a contarse a partir del día siguiente al de la presensación de la información adicional requerida. A falta de devolución de la Superintendencia de Competencia, dentro del plazo establecido, se entenderá que la fusión puede llevarse a cabo (Art. 35 LC).<sup>183</sup>

Cuando se trate de concentraciones que son llevadas a cabo por agentes económicos sujetos a la fiscalización de cualquiera otra entidad fiscalizadora: Superintendencia del Sistema

<sup>183</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Ediciones, SL., Madrid, 2000, pp., 590, Ante la ausencia de una voluntad administrativa expresa, la Ley sustituye por sí misma esa voluntad inexistente presumiendo que, a ciertos efectos, dicha voluntad se ha producido con un contenido, bien negativo o desestimatorio, bien positivo o afirmativo, a esto se le ha llamado técnica del silencio administrativo.

Financiero, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Valores, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones, Autoridad de Aviación Civil, Autoridad Marítima Portuaria, entonces la Superintendencia deberá emitir opinión sobre su procedencia de conformidad a la Ley de Competencia, y dicha opinión tendrá carácter vinculante para el ente fiscalizador (Art. 36 LC).

En la Ley de Defensa de la Competencia Española, el procedimiento de autorización se inicia al igual que la Ley de Competencia Salvadoreña, a solicitud de la parte interesada. El servicio en el plazo máximo de treinta días, desde la recepción de la solicitud, someterá la misma a información pública, recabará un informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, realizará las indagaciones necesarias y remitirá el expediente al Tribunal, acompañado de un informe en el que hará constar si considera que el acuerdo no exige autorización o, en caso contrario, si procede o no su autorización. Si el Servicio hubiera considerado que el acuerdo no precisa autorización o es autorizable sin ningún tipo de condiciones y, frente a esta calificación, ningún interesado hubiera formulado oposición, el Tribunal dictará resolución sin más trámite. Si el Servicio considerara que el acuerdo resulta autorizable con condiciones o modificaciones, o cuando, sin que ningún interesado se opusiera, el Servicio hubiera considerado que no procede la autorización y el Tribunal no compartiera este criterio, se celebrará una audiencia de los interesados y del Servicio de Defensa de la Competencia, a la vista de la cual el Tribunal resolverá sobre la solicitud de autorización. Finalmente, si el Servicio se hubiera pronunciado en contra de la autorización y el Tribunal estuviera de acuerdo con esta calificación, o bien el Servicio se hubiera manifestado a favor de la autorización y el Tribunal la considerara improcedente o algún interesado se hubiera opuesto a la concesión de

la autorización, se abrirá un procedimiento contradictorio similar al sancionador en su fase ante el Tribunal.

Como vemos, las diferencias son importantes, ya que en la legislación comparada se utilizan mucho las audiencias orales, que permiten al interesado expresar sus puntos de vista, y con ello permiten la intermediación de las autoridades con los interesados, y consecuentemente con la prueba aportada u obtenida.

#### **44.2. Procedimiento cautelar**

La Ley de Competencia no comprende un proceso cautelar; sin embargo, el Art. 54 LC., establece que lo no previsto en la Ley, se sujetará a lo dispuesto por el Derecho Común, lo cual determina que todo proceso puede hacer uso de la medida cautelar para asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte, tomando siempre en base del “fumus boni iuris” y del “periculum in mora”; no obstante, ello debió comprenderse en la Ley, el procedimiento cautelar a fin<sup>184</sup> de establecer el período máximo, para la cesación de una determinada práctica, la suspensión de la ejecución de un acuerdo o la imposición de condiciones para garantizar el buen funcionamiento concurrencial del mercado. Debió establecerse si dicho procedimiento cautelar se podrá establecer de oficio o si solamente a instancia de parte, quien decidirá sobre la naturaleza de la medida, o si podrá ser propuesta por la parte interesada, y en su caso si se deberá establecer fianza.

<sup>184</sup> Asencio Mellado, José María, “La Prisión Provisional”, Editorial Civitas, S.A., 1987, Madrid España. “Fumus Boni Iuris”: ha de entenderse por tal la apariencia de existencia de un derecho de forma que pueda pensarse que la resolución definitiva había de coincidir con la provisional de carácter cautelar del “periculum in mora”, que se refiere a la medida cautelar destinada al aseguramiento de créditos en metálico o en especie, consistente en la afectación anticipada y provisional de bienes suficientes del deudor y, en su caso, la adopción de medida de garantías de la traba, para evitar el riesgo de futura insolvencia del deudor.

La Ley de la Defensa de la Competencia Española en su Art. 45 LDC establece un procedimiento cautelar muy rápido para asegurar la eficacia de las resoluciones que se dicten, estableciendo un período máximo de seis meses, la cesación de la práctica. Establece además el artículo 45.1 que el procedimiento únicamente puede ser iniciado por el Servicio de Defensa de la Competencia, de oficio o a instancia de los interesados; sin embargo, la decisión del Servicio de no proponer la adopción de medidas cautelares podrá ser recurrida ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, en razón de que puede provocar indefensión de aquellos. En el caso de que sean los interesados quienes propongan las medidas cautelares se le podrá exigir la prestación de fianza.

En nuestra opinión este procedimiento o similar, debió haberse incluido en la Ley de Competencia Salvadoreña, ya que se hace necesario a fin del buen funcionamiento concurrencial del mercado y para garantizar la eficacia de las resoluciones. Sin embargo, creemos que teniendo obligación el presidente de la Republica de emitir los reglamentos necesarios para el desarrollo de la Ley, dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la misma, debería de haber analizado la posibilidad de incluir un procedimiento cautelar en el reglamento, siempre y cuando por la naturaleza misma sea factible.

#### **45. Prescripción**

La Ley de Competencia establece en el artículo 52 LC. que las acciones y los derechos conferidos por la Ley de Competencia caducan en cinco años. El legislador utilizó el término caducar en lugar de prescripción, ya que sabido es que aún cuando existe una estrecha relación entre la caducidad sustantiva y la prescripción, se hace necesario una delimitación de ambas figuras, de manera que queden nítidamente separadas en su concepto. La caducidad o decadencia del derecho tiene lugar

cuando la Ley o la voluntad de las partes señalan un término fijo para la duración de un derecho, de tal modo que transcurrido ese término, tal derecho no puede volver a ser ejercitado.<sup>185</sup> Se trata de una institución jurídica de especial trascendencia práctica; pero, que sin embargo, no aparece regulada en los códigos, como el salvadoreño, que proceden de la codificación de Napoleón. Prescripción es un modo de extinguir las acciones y los derechos ajenos por el solo transcurso del tiempo que la Ley señala para ello.<sup>186</sup> Las diferencias más importantes entre ambas figuras podrían señalarse así: a) la caducidad puede proceder tanto de un acto jurídico privado como de la Ley, mientras que la prescripción solo opera por disposición legal; b) la finalidad de la caducidad es fijar de antemano el tiempo durante el cual quede un derecho ejercitado útilmente, mientras en que la prescripción se justifica la extinción del derecho por no haber sido utilizado el mismo por su titular; c) la caducidad se aplica sobre derechos potestativos, esto es a facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica, tengan o no carácter patrimonial; mientras que la prescripción se aplica a los derechos subjetivos en general; d) la caducidad

<sup>185</sup> CASTÁN, "Derecho Civil Español Común y Foral", tomo 1 p. 968. Institución jurídica que se asemeja a la prescripción extintiva en que se produce la desaparición de un derecho por el transcurso del tiempo, presenta características más severas que la prescripción. En la caducidad no se valora la falta de utilización de un derecho prescriptible; se trata del cumplimiento de un plazo previsto legalmente o acordado por los particulares, a cuyo término ya no puede ejercitarse con derecho a una acción determinada. El plazo de caducidad no permite interrupción o suspensión. El oficio, es decir por la autoridad judicial y sin necesidad de alegar la parte a la que beneficia, el plazo de caducidad se asemeja al plazo de acción, que es aquel dentro del cual puede realizarse determinado acto jurídico.

<sup>186</sup> RIBO DURÁN, L. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *Diccionario de derecho empresarial*, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1998, p. 675. Esta institución jurídica resulta de la influencia de tres elementos imprescindibles: a) un derecho o una acción que tenga el carácter de prescriptibles; b) la falta de utilización del derecho o acción de parte de su titular; y c) el transcurso de un lapso de tiempo previsto legalmente en su duración y forma de computación. En definitiva, es la extinción de un derecho por su falta de utilización durante un período de tiempo. Este periodo o plazo de prescripción empieza a contarse, como regla general, desde que puede ejercerse.

implica la extinción del derecho de manera directa y automática, aplicándose de oficio por el juez en su caso, mientras que la prescripción debe ser alegada por la parte por vía de excepción; y d) en la caducidad, como regla general, no se admiten causas de suspensión o interrupción, dado el efecto extintivo radical y automático; mientras que en la prescripción sí es posible la ejecución de actos judiciales o extrajudiciales que implican la interrupción de dicha institución.<sup>187</sup> De lo anterior deducimos que el término establecido por el legislador en la Ley en comento es de prescripción y no de caducidad, por lo que consideramos que debió dejarse más claro. Como ejemplo tenemos la Ley de Defensa de la Competencia, que establece que las infracciones de la referida Ley prescriben a los cinco años a contar desde el día en que se hubieren cometido. La acción para exigir el cumplimiento de las sanciones prescribe a los tres años (Art. 12 LDC). Lo anterior no permite equívocos.

#### 46. La caducidad

La Ley de Competencia no establece plazos de caducidad procesal, si bien es cierto que la Ley nos remite en lo no previsto a lo dispuesto en el derecho común; sin embargo, el artículo 471C. PRC contempla la caducidad<sup>188</sup>; pero en toda clase de

<sup>187</sup> DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, pp. 468 y ss. Aplazamiento, suspensión, uso temporal de iniciada actividad, con el propósito ulterior. Todo acto jurídico que alista el cumplimiento del plazo legal para la posesión de una cosa, o el ejercicio de un derecho se transforma en propiedad, cualquier acto del titular de su legítimo representante o de otra persona en beneficio de aquel, que revela la voluntad y facultad del dueño para seguir siendo tal, y dejar así, sin efecto temporal abandono (forzoso o negligente), el no uso o ejercicio que podría conducir a la caducidad de los derechos.

<sup>188</sup> RIBO DURÁN, L FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., *Diccionario de Derecho empresarial*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1998. Esta institución jurídica se asemeja a la prescripción extintiva, en que produce la desaparición de un derecho por el transcurso del tiempo y presenta unos caracteres más severos que la referida prescripción. En esta no se valora la falta la utilización de un derecho prescriptible; se trata del cumplimiento de un plazo previsto legalmente o acordado por los particulares, al llegar el termino ya no puede

juicios, refiriéndose a los procedimientos judiciales, no a los administrativos; por lo que consideramos que si hubiera sido necesario incorporarlo en aquel momento, hubiere sido ideal; pero pudiera ser mediante modificación de la Ley, antes de que entre en vigencia la misma, es decir dentro del año de vacancia que quedó establecido.

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, incorporó un nuevo artículo a la Ley de Defensa de la Competencia, en el que se establece que el plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, será de dieciocho meses a contar desde la incoación del expediente, y la de la fase que se desarrolla ante el Tribunal será de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. Transcurridos los plazos anteriores sin que el Servicio haya remitido el expediente al Tribunal o acordado su sobreseimiento, o sin que el Tribunal haya dictado resolución, se procederá de oficio, o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento. Dichos plazos, sin embargo, se interrumpirán por la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales por el planteamiento de cuestiones incidentales en las que normativamente esté prevista la suspensión.

Así como en los casos en los que sea necesaria la coordinación con la Comisión Europea o con las autoridades de competencia de otros países, y cuando se acuerde la suspensión por la concurrencia de un procedimiento ante las autoridades comunitarias de la competencia, por la instrucción de un proceso penal o por la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

---

ejercitarse un derecho o una acción determinada. El plazo de caducidad no admite interrupción; el efecto es automático y puede apreciarse de oficio por la autoridad judicial, sin que sea alegada por la parte a quien le beneficia. El plazo de caducidad se asemeja al preclusivo, que es aquel dentro del cual puede realizarse determinado acto jurídico.

(Art. 56). Esta nueva norma es de aplicación a los procedimientos sancionadores que se incoen por el Servicio de Defensa de la Competencia y a los expedientes que sean admitidos a trámite por el Tribunal a partir del día 1 de enero de 1998.

#### 47. Sanciones

Las sanciones<sup>189</sup> previstas en la Ley de Competencia son de tres tipos: a) las que se imponen por las prácticas anticompetitivas prohibidas; b) las que se establecen para los casos de incumplimiento del deber de colaborar con las autoridades de competencia, o que haciéndolo lo realicen de una manera incompleta o inexacta; c) y las que se establecen para aquellos denunciantes cuyas peticiones hubiesen sido declaradas improcedentes por la Superintendencia y se hubiere comprobando que la intención de las mismas hubiese sido limitar la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover la salida de éste (Art. 38 LC). En cambio en la Ley de Defensa de la Competencia Española, las sanciones previstas son únicamente de dos tipos: a) las que se imponen por las prácticas anticompetitivas prohibidas; b) y las que se establecen para los casos de incumplimiento del deber de colaborar con las autoridades de competencia; en dicha ley no se prevé la multa para los denunciantes dolosos.

Por la realización de prácticas anticompetitivas<sup>190</sup>, la Ley de Competencia establece que las infracciones serán sancionadas

<sup>189</sup> Guillermo Cabanellas, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heleasta, 1996, Argentina, Pp. 294. Medidas de carácter económico.

<sup>190</sup> L. Ribó Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario Derecho Empresarial", Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998, Barcelona España. Conductas competitivas, actos o hechos jurídicos realizados por uno o varios empresarios y que afectan negativamente la situación libre de competencia en el mercado. En general dichas prácticas impiden, falsean o limitan la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional (prácticas colusorias o concertados), tal es el caso del pacto de no concurrencia, que es el acuerdo entre empresas dedicadas al mismo tipo de actividad o producto, con el fin de evitar la competencia entre ellos. En otros casos constituyen un abuso de la posición dominante

con multa, cuyo monto se determinará de conformidad a los criterios siguientes: gravedad de la infracción, daño causado, el efecto sobre terceros, la duración de la práctica anticompetitiva, las dimensiones del mercado y la reincidencia, teniéndose como máximo cinco mil salarios mínimos mensuales urbanos en la industria. Las multas que se les impone a las personas que deliberadamente o por negligencia no suministren la colaboración requerida, o que haciéndolo lo hagan de manera incompleta o inexacta, podrán ser hasta diez salarios mínimos mensuales urbanos en la industria por cada día de atraso, y a los denunciantes cuyas peticiones hubiesen sido declaradas improcedentes por la Superintendencia y habiéndose comprobado que la intención de las mismas hubiese sido limitar la competencia, el acceso de competidores al mercado o promover la salida de él, se les impondrá una multa hasta por el monto que hubiera correspondido de haberse comprobado la infracción.

La Ley de Competencia española prevé que el Tribunal intime a sus autores para que cesen en dichas prácticas o, en su caso, remuevan los efectos que han producido, y dependiendo si han actuado deliberadamente o por negligencia, se les sancionará, considerando los límites máximos que la misma Ley determina. La capacidad sancionadora del Tribunal, cuya cuantía se cifra en ciento cincuenta millones de pesetas, si los operadores económicos a sancionar fueran personas físicas, asociaciones u organizaciones que no tuvieran cifra de negocios, y en un diez por ciento del volumen de ventas si se trata de empresas u operadores económicos que la poseen. En todo

---

que ostenta en el mercado la empresa que incurre en dicha práctica abusiva, todos ellos pueden ser sancionados, bien por el ordenamiento civil, como conductas que generan responsabilidad civil extracontractual; o en otro caso, por el ordenamiento administrativo y a través del procedimiento sancionado que compete al tribunal de la competencia. Ley de defensa de competencia española, artículos 1, 6, 10, 13 y 20 con las modificaciones introducidas por el real decreto, Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas surgidas de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, Art. 15.

caso, la determinación concreta de la sanción se establecerá, dentro de dichos límites, atendiendo a siguientes criterios: la modalidad y el alcance de la infracción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa infractora, los consumidores y usuarios, la duración de la práctica y, en su caso, la reiteración; en el supuesto de que los infractores sean personas jurídicas, se podrán imponer multas de hasta cinco millones de pesetas a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión. Por el incumplimiento del deber de colaborar con los órganos de defensa de la competencia, se podrá imponer una multa de hasta un millón de pesetas por no aportar datos, o por aportarlos inexactos o falsos, y una multa de hasta ciento cincuenta mil pesetas diarias por obstruir la labor inspectora. Con independencia de las anteriores el Tribunal podrá imponer multas coercitivas de diez mil a ciento cincuenta mil pesetas, reiteradas por lapsos de tiempo, para obligar a los operadores económicos a cesar en las prácticas prohibidas, cumplir lo ordenado o remover los efectos de una infracción. Las relacionadas sanciones se entenderán sin perjuicio de las responsabilidades de daños y perjuicios, fundadas en la ilicitud de los actos prohibidos por la Ley, la cual podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración del Tribunal en la vía administrativa, o en su caso, en la jurisdiccional prevista en las leyes sustantivo y procesal.

La Superintendencia de Competencia en El Salvador confirmó, tras una investigación en el mercado de combustibles en el país, que las compañías petroleras ejercen prácticas que tienden a limitar la competencia en el ramo.

La autónoma aseguró contar con “elementos fuertes” que prueban abuso de las petroleras al fijar precios en las gasolineras y en dividir el territorio nacional por zonas para vender más barato o más caro. “Parte de esta política de precios limita

la competencia no solo al denunciante en esta zona, sino que se convierte en un problema nacional”, aseguró la superintendente de Competencia, Celina Escolán, al comentar en una entrevista, que las conclusiones extraídas tras conocer la denuncia que un ex dueño de gasolineras interpuso contra la compañía Shell.

“La Superintendencia de Competencia está segura de que hay poder de dominio, que se está abusando del mismo”, aseguró.

Representantes de las compañías petroleras asistieron a la comisión legislativa que investiga el mercado, aceptaron que existen prácticas como la zonificación de precios; pero insistieron en que eso “no va contra la libre competencia”, según un representante de una de las petroleras, Texaco.

La Asociación Salvadoreña de Distribuidores de Productos de Petróleo (ASDPP), que reúne a las gasolineras del país, también denunció que Esso, Shell y Texaco fijan precios. Algo que la SC reconoce: “El estacionero no tiene alternativa, no tiene opciones a recurrir a otra fuente de insumo, que es lo que la Ley de Competencia establece.”

La presidenta de la Superintendencia de Competencia asegura que hay indicios de que las petroleras actúan de forma coordinada para fijar precios por zona (por ejemplo en San Jacinto son más baratos que en la colonia Escalón). En el año 2005 entró en la participación al mercado bastante fuerte una nueva petrolera denominada “Puma”; pero se vino aparejando al resto y no ha entrado en la ciudad (año 2006) sino que solo en los alrededores del área metropolitana. Podría ser que sea parte de la política de zonificación y de no permitir la competencia.

Las conclusiones surgen tras las investigaciones abiertas a partir de cuatro denuncias recibidas en 2006. Una de ellas fue interpuesta por el señor Julio Ávila Barman, quien denunció a Shell El Salvador por violación del artículo 30 de la Ley de

Competencia, literal b) al acusarla de eliminarlo del mercado de gasolineras al establecerle precios de venta.

#### 48. Los recursos

En relación con el tema de los recursos<sup>191</sup> en la Ley española se contemplan como novedades, en primer lugar, el recurrir a todos los actos del Servicio de Defensa de la Competencia; en segundo lugar, la inexistencia de indefensión si el Servicio deniega la práctica de las pruebas solicitadas por los interesados, cuando la decisión esté debidamente motivada, las pruebas sean manifiestamente improcedentes y, en todo caso, cuando puedan practicarse ante el Tribunal; y en tercer lugar, la posibilidad de que el Tribunal declare inadmisibles aquellos recursos que carezcan manifiestamente de fundamento.

En esta materia se indica que los actos del servicio de defensa de la competencia por los que se archive una denuncia o se sobresee un expediente ya iniciado, y también todos aquellos actos de trámite que impidan la continuación del procedimiento o causen indefensión a los interesados, podrán ser recurridos mediante recurso administrativo ordinario ante el Tribunal de Defensa de la Competencia en el plazo de diez días, tal como lo establece el artículo 47 de la Ley española. Por el contrario, las resoluciones definitivas del Tribunal de Defensa de la Competencia agotan la vía administrativa y, por lo tanto, contra las mismas sólo cabrá la interposición del correspon-

<sup>191</sup> L. Ribó Durán, J. Fernández Fernández, "Diccionario Derecho Empresarial", Bosch, Casa Editorial, S.A., 1998, Barcelona España. Control jurisdiccional de la administración, recurso de alzada que por plantearse ante la autoridad superior a la que dictó el acto impugnado, se denomina también recurso jerárquico, se le ha llamado también recurso administrativo ordinario. El recurso administrativo extraordinario es el de revisión, que es el interpuesto en las circunstancias especiales previstas legalmente; antes, ante la máxima autoridad administrativa dentro del organigrama de la administración correspondiente, y ahora ante el órgano que dictó el acto que agota la vía administrativa desapareciendo el recurso de reposición, se sustituye en cierta medida, con la comunicación previa.

diente recurso contencioso administrativo (Art. 49). Por su parte, la disposición del correspondiente recurso contencioso administrativo ha establecido que las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia serán recurribles directamente en única instancia, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

De conformidad con la Ley salvadoreña, las resoluciones que resuelvan definitivamente el procedimiento admitirá recurso de revisión, debiendo interponerse dentro del término de cinco días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación de la resolución que contenga la decisión final; de no interponerse recurso en dicho término, la resolución por medio del cual se dictó el acto, quedará firme; dentro del mismo recurso pueden alegarse todas aquellas ilegalidades de trámite que la parte considere que se han realizado.

El recurso deberá ser resuelto en el plazo máximo de diez días hábiles posteriores a la admisión del mismo. El recurso de revisión tiene carácter de optativo para efectos de intentar la acción administrativa. Si el recurso de revisión se interpone fuera de tiempo y sin reunir los requisitos de forma establecidos, será declarado inadmisibles mediante resolución razonada, contra la que no habrá recurso.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

# ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEYES DE COMPETENCIA DE DISTINTOS PAÍSES DE AMÉRICA

*SUMARIO: 1. El Derecho de Competencia en México. 2. El Derecho de Competencia en Panamá. 3. El Derecho de Competencia en Guatemala 4. El Derecho de Competencia en Argentina.*

### 1. El derecho de competencia en México

En el año 2004 la Comisión Federal de Competencia (CFC) celebró su décimo aniversario. En diciembre de 1992 el Congreso Mexicano promulgó la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), de la cual emanó la CFC, agencia oficial encargada de la implementación de la política y la ley de competencia, incluyendo las investigaciones de prácticas monopolísticas y el control de fusiones, tanto horizontales como verticales con efectos dañinos para la competencia.

La LFCE y la CFC fueron enmarcadas en un programa más amplio de reforma económica estructural iniciada bajo el Gobierno (1982-1988) y profundizada en el siguiente presidencial (1988-1994). En el primer periodo el Gobierno comenzó el proceso de liberalización con el ingreso al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) y la privatización de algunas empresas públicas. Durante el segundo periodo se continuó el proceso de liberalización con la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte

(TLCAN). El mercado doméstico también fue transformado radicalmente mediante la liquidación o privatización de cientos de empresas públicas, incluyendo algunas de tamaño gigantesco como Teléfonos de México (Telmex) y la mayoría de los bancos. Muchos sectores de la economía fueron desregulados y el control de precios, mecanismo comúnmente utilizado, fue eliminado gradualmente para la mayoría de los productos, con excepción de aquellos que componían la canasta básica.

Hacia finales de 1980 algunos funcionarios de la Secretaría de Economía y Fomento Industrial (SECOFI)<sup>192</sup> estaban convencidos de la necesidad de que el país contara con una ley y una agencia de competencia como parte de un paquete de reformas económicas; existían varios incentivos para la creación de una autoridad de competencia.

Primero, la existencia de una política de este tipo compensaría la pérdida de viejos mecanismos, tales como la extensa política de controles de precios que el Gobierno había venido utilizando. Segundo, la autoridad de competencia serviría de contrapeso a empresas de gran tamaño que aún permanecían en manos del Gobierno, como Petróleos Mexicanos (Pemex) y empresas de servicios de utilidad pública, como telecomunicaciones, puertos, energía, y ferrocarriles. Estas empresas solían ser monopolios legales y frecuentemente extendían su poder monopolístico más allá de lo permisible. De manera habitual el Gobierno recibía quejas de discriminación por parte de compañías que eran sus clientes o proveedores, a raíz de que sufrían las consecuencias de prácticas anticompetitivas como contratos de largo plazo con ventas atadas, lo que reducía la competencia y al mismo tiempo generaba un ambiente de incertidumbre para los agentes económicos involucrados en dichos contratos.

<sup>192</sup> Ahora denominada Secretaría de Economía.

Finalmente, la LFCE y la CFC serían un instrumento de defensa tanto para consumidores como para compañías en mercados que aún estaban (o aun están) regulados. Se tenía el presentimiento de que en algunos casos las autoridades reguladoras habían sido cooptadas (“capturadas”) por las empresas a su cargo.<sup>193</sup> En suma, la LFCE y la CFC fueron propuestas para promover la competencia en el mercado, así como para reducir el ámbito y el modo de intervención del Estado en la economía.

En el contexto de la economía mexicana, a principios de los años noventa no era nada alentador el panorama para la implementación de la política de competencia. Se carecía de una experiencia práctica en materia de competencia que fungiera de apoyo y asesoría a los funcionarios en el diseño y la implementación de la nueva ley y de la autoridad de competencia. Aunque la Constitución mexicana de 1917 prohíbe el monopolio, su implementación no ha sido ejecutada de manera significativa.

Lo inverso ha sido más bien la norma. La mayoría de los negocios operaban hasta fines de los años ochenta bajo un esquema de protección de la competencia externa avalado, mediado o incluso implementado por las cámaras de comercio, por la industria o cualquier nivel de Gobierno oficial. Para muchos funcionarios, la protección de la industria nacional no sólo era un componente de la estrategia de desarrollo, sino que también constituía una fuente de apoyo político. Un efecto paralelo adicional fue la ausencia de especialistas en el tema, tanto a nivel de Gobierno, como profesional o académico.

<sup>193</sup> Como en el caso de la CNVA, respecto a los Bancos, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. También tiene como finalidad supervisar y regular a las personas físicas y morales cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero

La oposición a la puesta en práctica de una política de competencia formal no fue lo suficientemente fuerte como para evitar la promulgación de la LFCE. Un número reducido de empresarios, conscientes de que eran potencialmente vulnerables a la política de competencia, reaccionó principalmente a través de fusiones antes de que la nueva ley de competencia entrara en vigor. Eso explica, por ejemplo, dos fusiones importantes en la industria cervecera y varias en la industria del cemento.

No obstante, la oposición más fuerte provino principalmente de sectores del Gobierno. A pesar de ello, a principios de los años noventa se inició la tarea de diseñar la nueva ley de competencia en la UDE de la SECOFI. Con objeto de enfrentar la falta de experiencia en materia de competencia, la UDE dedicó la mayor parte de su tiempo a analizar las leyes de competencia en otras partes de mundo, principalmente las de los Estados Unidos, Canadá, España, Alemania y la Unión Europea.<sup>194</sup> Se contactaron a las autoridades de competencia de estos países y autoridades de la OCDE, y se organizó una serie de reuniones de trabajo en México y en esos países durante todo el proceso. Se realizó una revisión de la literatura académica y de diversas experiencias relevantes. Este último ejercicio fue muy fructífero, ya que dotó a los diseñadores de la ley de un panorama más claro de las ventajas y desventajas de los diferentes tipos de leyes antimonopolios, de criterios que se deben considerar en su aplicación, de los avances más recientes en el tema y de los

<sup>194</sup> [www.sep.gob.mx/work/apps/site/evaluación/PMRF/](http://www.sep.gob.mx/work/apps/site/evaluación/PMRF/) UDE DE LA SECOFI. 09/07/07. De los países estudiados, Estados Unidos y Canadá cuentan con las legislaciones antimonopolios más antiguas (desde finales del siglo XIX). La legislación estadounidense ofrece una experiencia muy rica debido a que es la legislación que se ha implementado con el mayor rigor. Canadá también posee una experiencia vasta en materia de competencia y recientemente ha introducido algunos cambios en su política de competencia. La legislación alemana, creada después de la Segunda Guerra Mundial, fue más "moderna." El relativamente nuevo marco legal de competencia de España se inspira en el código de competencia de la Unión Europea.

diferentes enfoques en términos de evaluación de las prácticas monopolísticas y fusiones.

Fue particularmente difícil tomar la decisión acerca del grado de autonomía de la CFC. Se discutió la alternativa de centralizar la política de competencia en una unidad dentro de la Secretaría de Comercio y Comercio Industrial (SECOFI). Sin embargo, ello podía ser riesgoso, ya que esta dependencia era la encargada de la política industrial, tradicionalmente proteccionista, de forma que la política de competencia podía estar expuesta a presiones políticas. Desde esta perspectiva, la mejor opción era crear una nueva autoridad de competencia autónoma, tarea nada fácil en circunstancias de carencia casi absoluta de autoridades realmente autónomas en México. Ello se debía, entre otras razones, a la existencia de un sistema presidencialista fuerte y a la falta de un servicio civil de carrera. Actualmente, la CFC es una entidad administrativa dentro de la Secretaría de Economía, pero sus decisiones no pueden ser revisadas dentro de esa entidad y, además, la Comisión tiene la facultad de preparar su propio presupuesto y ponerlo directamente a consideración del congreso.

La eficacia de la CFC depende en parte del presupuesto que controla, de la dimensión de su organización y de su capacidad de implementar programas administrativos; pero también del rigor con el que se llevan a cabo sus procesos internos, la calidad de sus informes y la eficiencia del sistema judicial con el que debe interactuar.

El principio organizacional fundamental de la Ley de Competencia es intuitiva y teóricamente simple. Esta Ley busca promover las condiciones de un mercado competitivo, es decir la competencia efectiva.

Por medio de provisiones generales la Ley prohíbe ciertas formas de conducta comercial privada y establece un marco amplio para impulsar objetivos económicos, ayudando así a

una asignación eficiente de los recursos en la economía. En el caso de México, el principal objetivo de la LFCE es la eficiencia económica.<sup>195</sup> El artículo 2 de la LFCE señala: “Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopolísticas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.” De hecho la LFCE cubre tres áreas: fusiones, prácticas monopolísticas y abogacía de la competencia.

La Ley protege a los productores (competidores) sólo en el caso de que las acciones de otros rivales pongan en riesgo el proceso de competencia, pero no lo hace si se trata de una pérdida de la participación de mercado por efecto de una falta de eficiencia en la innovación o porque fueron menos innovadores.

En esencia, la LFCE fue concebida para nivelar el campo de juego para todos los agentes económicos participantes.

Otro principio general de la LFCE es que sus disposiciones deben aplicarse a todos los agentes en el mercado, lo cual evita el problema muy común de establecer numerosas excepciones. Entre los agentes económicos beneficiarios se incluyen uniones de comercio, empresas públicas, equipos deportivos, carteles. Con la tradición de protección y prácticas monopolísticas en México, la percepción de dejar la puerta abierta para las excepciones implicaría una merma gradual del objetivo de la Ley y de la efectividad de la autoridad de competencia.

En esta perspectiva, la LFCE formalmente no se aplica de forma exclusiva a las empresas privadas, sino también al Gobierno en todos sus niveles: federal, estatal y municipal, agencias, entidades y “otras formas de actividad económica” (artículo 3). En la práctica, sin embargo, tal como lo reconoció

<sup>195</sup> LEVY, S. “Observaciones sobre la nueva legislación de competencia económica en México”, Ramiro Tovar, Editor. *Lecturas en regulación económica y política de Competencia*, México, ITAM, Grupo Editorial Porrúa, pp. 167-179. Es una amplia discusión de la Ley Federal de Competencia Económica.

la CFC en su primer informe anual, el Estado ha sido un magno responsable de la proliferación de muchas prácticas anticompetitivas<sup>196</sup> y, a la vez, la implementación de la política de competencia no ha dejado de ser conflictiva y objeto de controversia en el Gobierno. A título ilustrativo cabe mencionar el caso de la imposición, por parte de las autoridades estatales, de barreras al comercio interestatal. La acción de la CFC al respecto se encuentra normada por los artículos 14 y 15, que señalan:

Artículo 14. En los términos de la fracción V del artículo 117 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, no producirán efectos jurídicos los actos de autoridades estatales cuyo objeto directo o indirecto sea prohibir la entrada a su territorio o la salida de mercancías o servicios de origen nacional o extranjero.

Artículo 15. La Comisión podrá investigar de oficio o petición de parte si se está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, declarar su existencia. La declaratoria será publicada en el Diario Oficial de la Federación y podrá ser impugnada por la autoridad estatal ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El conflicto entre la CFC y los gobiernos estatales ha llegado a niveles impensables. De hecho, los artículos 14 y 15 de la LFCE han sido declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)<sup>197</sup> A pesar de

<sup>196</sup> Informe anual de la "Comisión Federal de Competencia", México 1999. "Por muchos años la economía mexicana operó en un ambiente de protección sustancial y fuerte participación. Como consecuencia, el comportamiento oportunista surgió en muchos sectores, frecuentemente con la cooperación de las autoridades... las regulaciones fueron inadecuadas, creando barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores y resultando en un marco ambiguo algunas veces, factor que contribuyó a la formación de monopolios."

<sup>197</sup> Informe anual de la "Comisión Federal de Competencia", México, 2003. "Artículos declarados inválidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el resolutivo cuarto de la "Sentencia y voto de minoría relativos a la Controversia Constitucional 1/2001, promovida por el Gobernador Constitucional del Estado de Durango, en contra del Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica", publicada en el Diario Oficial de la

que la exigencia de estas barreras está claramente prohibida, las autoridades estatales suelen seguir imponiéndolas, con el fin de responder a demandas de protección de sus productores con respecto a la potencial competencia de agentes externos a dicho territorio. Un buen ejemplo de ello es el caso de barreras al comercio interestatal de ganado bovino en Nuevo León.<sup>198</sup> A mediados de mayo de 2002, la Asociación de Engordadores de Ganado Bovino del Noreste presentó una denuncia formal ante las autoridades del estado de Nuevo León, aduciendo la posible existencia de restricciones injustificadas para introducir y movilizar ganado bovino en su territorio. Ante esta petición, el gobierno estatal publicó en el diario oficial las condiciones para el ingreso de ganado referente a la tuberculosis en esta especie. Dicho acuerdo impedía la libre entrada y salida del ganado si éste no cumplía con los requisitos establecidos en ese instrumento, los cuales resultaban más restrictivos que la regulación federal en la materia.

La CFC determinó que era una restricción al comercio estatal en términos del artículo 14 de la LFCE. Más adelante, el gobierno estatal emitió un nuevo acuerdo, con base en la resolución de la CFC, que levantaba la restricción a la salida del ganado, pero la mantenía para la entrada.

Las excepciones a la aplicación de la Ley incluye a “sectores estratégicos” reservados por el Estado en el artículo 28 de la Constitución, tales como el petróleo, la energía nuclear y el servicio postal (artículo 4), así como uniones laborales (artículo 5) y “sociedades de exportación” constituidas por trabajadores.

---

Federación del 10 de marzo de 2004. La SCJN argumentó que las facultades para controlar la actividad pública de los gobiernos estatales no pueden instituirse en una norma general sino en la propia Constitución. Cabe señalar que tanto en el senado como en la cámara de diputados existe un proyecto de decreto que incluye la reforma de los artículos 14 y 15 de la LFCE. Más adelante se discuten dichos proyectos de reforma.

<sup>198</sup> Informe anual de la “Comisión Federal de Competencia”, México 2003.

La LFCE no es en rigor una ley regulatoria. La LFCE sólo puede ser aplicada “ex post”, o en otras palabras, cuando la empresa o la industria han violado la ley. Sin embargo, en realidad no está limitada a una ley antimonopolios, ya que está diseñada para servir como base para una política de competencia abarcadora. A la vez, otras leyes también afectan la competencia, tales como la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley Federal de Protección al Consumidor o la Ley Federal de Telecomunicaciones, las cuales deberían de aplicarse consistentemente con la LFCE. En este sentido, los principios de competencia son integrados en una política regulatoria y se le otorgan poderes a la CFC para determinar si las empresas o agentes económicos pueden participar en privatizaciones, concesiones y decretar si existe poder de mercado que justifique la regulación directa por otra agencia como en el caso del transporte o telecomunicaciones.

Otro principio general de la LFCE es que su implementación no debería de constituirse en otra regulación onerosa que obstaculizara el dinamismo procompetitivo de la actividad económica. Como se analiza en detalle en la siguiente sección, los economistas distinguen entre “restricciones (o acuerdos) horizontales” entre los competidores, tales como fijación de precios o división de los mercados, de las “restricciones (o acuerdos) verticales” entre la firma y sus proveedores o clientes, como la restricción de compra impuesta a otros agentes. Las restricciones horizontales se consideran siempre anticompetitivas, pero existe cierta flexibilidad respecto de las restricciones verticales.

Así, la LFCE prohíbe las restricciones horizontales, pero es más flexible y sensible con las restricciones verticales en circunstancias especiales. La mayoría de los países ha enfrentado este problema simplemente prohibiendo todas las restricciones horizontales y varios tipos de restricciones verticales clasificadas como potencialmente dañinas.

El problema surge cuando las circunstancias bajo las cuales las restricciones verticales anticompetitivas no son fácilmente codificables o generalizables. Es casi imposible identificar todas las formas de restricciones verticales potencialmente anticompetitivas<sup>199</sup> debido a que los agentes económicos pueden descubrir nuevas formas de incrementar su poder de mercado si se les da la oportunidad.

Otra forma en que la política de competencia puede entorpecer la actividad económica es aumentando los costos de transacción, tanto para el Gobierno como para los agentes económicos. En el caso de las restricciones verticales, las fusiones pueden elevar la eficiencia (por ejemplo, ganancias de eficiencia a través de la reducción de los costos marginales); pero en circunstancias específicas llegan a convertirse en amenazas para el proceso de competencia. Al tratar de evaluar las potenciales ganancias de eficiencia, producto de una fusión, la CFC enfrenta dos restricciones relevantes que limitan su efectividad. Primero la información asimétrica entre los agentes involucrados, ya que las empresas tienen incentivos para sobreestimar y por ende no reportar el efecto real en la disminución de los costos marginales; segundo, carece de los instrumentos o metodologías para estimar los costos marginales y así evaluar con mayor exactitud las ganancias de eficiencia.

El generar nuevas metodologías de medición de costos en un país en desarrollo, como México, requiere de mayores recursos por parte de la CFC a fin de capacitar y actualizar al personal involucrado en la evaluación de las fusiones. Carecer de estas destrezas en la magnitud necesaria incrementa el costo de oportunidad en términos de tiempo dedicado por la CFC a la

<sup>199</sup> Buró Japón Fair Trade Comisión 28-03- 1991. Este argumento se puede ver en los criterios sobre restricciones verticales publicados por la autoridad de competencia en Japón. El Buró de Competencia de la comisión Federal de Comercio aboga a favor de los derechos de los consumidores ejecutando y vigilando el cumplimiento de las reglas de una competencia libre y vigorosa.

atención de los casos más delicados, que por su naturaleza necesitan de mayor análisis. En cuanto a las empresas, la preparación de una notificación es costosa, pues usualmente requiere de los servicios de economistas especializados si pretende demostrar que la fusión generará ganancias de eficiencia, a la vez que la incertidumbre de la decisión de las autoridades sobre la solicitud de concentración también es costosa para las empresas.

Un aspecto crucial de la política de competencia en México es la aplicación de la Ley de Competencia. En Estados Unidos, por ejemplo, las autoridades de competencia (Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio) evalúan los posibles aspectos anticompetitivos de fusiones u otras prácticas, y posteriormente llevan estos casos al Poder Judicial (la Corte), que es la última instancia de decisión. En cambio, es evidente que a las cortes mexicanas les falta experiencia en la aplicación de la política de competencia: por lo general, los jueces no tienen un entrenamiento en economía y mucho menos en esta área particular de competencia y regulación económica. Además, el sistema judicial en México se ha ganado una mala reputación en términos de eficiencia. Si bien se ha pensado en la creación de tribunales especializados en aspectos económicos, incluyendo competencia y antidumping, se han presentado obstáculos políticos<sup>200</sup> y financieros para llevar a cabo esta estrategia.

La LFCE divide las prácticas anticompetitivas en dos tipos de conducta: prácticas monopolísticas absolutas y prácticas monopolísticas relativas. Las primeras son comúnmente conocidas en otras leyes federales de competencia como acuerdos horizontales y están sujetas a la regla “per se”<sup>201</sup>, es decir, están prohibidas sin indagación previa.

<sup>200</sup> Quizá por la relativa autonomía que podría adquirir esta entidad judicial frente a la autoridad de competencia.

<sup>201</sup> Se refiere a cuando una práctica monopolística no puede tener efectos benéficos sino sólo negativos, es decir, que la “naturaleza inherente” de la práctica

En contraste, las prácticas monopolísticas relativas, o acuerdos verticales, violan la LFCE sólo si los agentes económicos poseen poder sustancial en un mercado relevante definido a través del enfoque de la regla de la razón (rule of reason).<sup>202</sup>

El artículo 9 de la LFCE define las prácticas absolutas como aquellos contratos, acuerdos, cárteles o cualquier combinación entre agentes competidores, cuyo propósito o efecto sea:

- Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables.
- Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

---

es dañar al proceso de competencia. La fijación de precios de un cártel es un ejemplo ilustrativo de la ilegalidad de esta práctica. Esto significa que este tipo de conducta solamente tiene que ser probada y no habrá defensa alguna para tal práctica anticompetitiva.

<sup>202</sup> Este enfoque se refiere a que existe un “efecto inherente” y “propósito evidente.” Por ejemplo, una fusión entre dos empresas que operan en el mismo mercado relevante no necesariamente es perjudicial o benéfica. Por ello, la autoridad de competencia debe evaluar el “efecto inherente” y “propósito evidente” de la fusión. La prueba comúnmente usada para evaluar el “efecto inherente” es la participación de mercado de las empresas involucradas. Entonces, la fusión será evaluada como ilegal o legal, dependiendo de la evaluación de la evidencia relacionada con el intento actual por parte de las firmas de monopolizar el mercado y del nivel de relevancia de las participaciones de mercado involucradas.

El tratamiento de la LFCE sobre prácticas monopolísticas absolutas es el espejo de la regla “per se” de la jurisprudencia de Estados Unidos: aquellas acciones que son por ley automáticamente ilegales no dan lugar a que el agente dominante pueda defender su proceder.<sup>203</sup> En el contexto de América Latina, aunque muchos países (como Chile) utilizan el enfoque de la regla “per se”, su puesta en práctica es menos severa. De hecho, México y Costa Rica son los únicos que han dividido las prácticas monopolísticas en un marco analítico horizontal-vertical.<sup>204</sup>

Estas prohibiciones “per se” implican que aquellos acuerdos que no tienen efectos anticompetitivos en circunstancias particulares, tal como acuerdos entre competidores con una participación total de mercado muy pequeña, no son considerados por la ley como prácticas monopolísticas.

El artículo 10 de la LFCE define las prácticas monopolísticas relativas como aquellos actos, contratos, acuerdos, cárteles o combinaciones, cuyo propósito o efecto es desplazar impropia-mente a otros agentes del mercado, sustancialmente, impidiéndoles su acceso a o establecer ventajas exclusivas a favor de uno o más entidades o individuos en los siguientes casos:

- I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición, o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados,

<sup>203</sup> Éste no es el caso en Europa, donde acuerdos horizontales de una industria pueden ser considerados una excepción bajo el artículo 85 (3) de la Ley de Competencia de la Unión Europea. En realidad, éste es un caso aislado donde la legislación antimonopolio de la Unión Europea es menos estricta que la legislación antimonopolio de Estados Unidos.

<sup>204</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, S., “*New Institutional Framework For Antitrust Enforcement*” De Paul Law Review 1149, 1995, p.13 y sig. ha señalado que, en esencia, la regla *per se* de los Estados Unidos prohíbe las restricciones horizontales al comercio, i.e. arreglos entre empresas que ostensiblemente manipulan precio, oferta o cualquier otro aspecto de la actividad del mercado. Entonces, como un asunto de procedimiento, la regla *per se* en México es idéntica a la de los Estados Unidos.

incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.

- II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expender o distribuir bienes o prestar servicios.
- III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.
- IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.
- V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
- VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.
- VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Con relación a prácticas monopolísticas relativas, incluyendo conductas de mercado que en otras legislaciones anti-monopolio —tal como la de Estados Unidos— se relacionan con aspectos de acuerdos verticales<sup>205</sup>:

<sup>205</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, S., "Mexico's new institutional framework for antitrust enforcement", *DePaul LawReview* 1149. (1995).

La comisión (CFC) ha admitido abiertamente que su análisis es similar al marco analítico de la “regla de la razón”, ampliamente utilizado en la política antimonopolio en los Estados Unidos; imitando esta aproximación, la LFCE demanda que la Comisión pondere el “objetivo” y el “efecto” de cada práctica monopolística relativa para alcanzar su decisión.

Estas prácticas son penalizadas únicamente si se demuestra el daño al proceso de competencia dentro de un enfoque caso por caso. La CFC tiene que probar que la empresa o agente económico tiene poder sustancial de mercado en el mercado relevante en cada caso particular. El artículo 12 de la LFCE contiene los criterios para definir el mercado relevante y medir el nivel de concentración.<sup>206</sup> Dicho artículo establece que para determinar el mercado relevante, la CFC tiene que incorporar los siguientes elementos:

- I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate, por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución.
- II. Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos relevantes, de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, tomando en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones.
- III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados.

<sup>206</sup> Artículo 9 del Reglamento de la LFCE (este reglamento se decretó en 1998, cuatro años después de que la LFCE entrara en vigor) provee una serie de criterios adicionales que le dan operatividad al artículo 12 de la LFCE.

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

En términos generales, las prácticas monopolísticas se clasifican en seis categorías: geográfica o cualquier división de mercados, restricciones en el precio de preventa, restricciones en la venta final del bien, acuerdos exclusivos; incumplimiento de contratos y boicots verticales.

Adicionalmente, el artículo 13 de la LFCE establece los criterios para determinar si un agente económico ostenta poder sustancial en el mercado relevante:

- i. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores.
- III. La existencia y el poder de sus competidores.
- IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos.
- V. Su comportamiento reciente.
- VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta Ley.

A diferencia de otras legislaciones antimonopolio, la de México no cuenta con consideraciones sobre conductas ilegales “per se”, como en el caso de prohibiciones en contra del precio de reventa “resale price maintenance.” De hecho, al igual que en la legislación de Estados Unidos, la LFCE no contiene una sección específica de monopolización o abuso de dominancia, y

todos los aspectos relacionados con estas prácticas se analizan bajo el enfoque de la regla de la razón. En otras palabras, de acuerdo con dicha ley si un agente económico ostenta cierto poder de mercado, ello no es ilegal por sí mismo.

Algunas de las prácticas que podrían considerarse como abuso de dominancia están especificadas en el artículo 10 de la LFCE (acuerdos exclusivos, boicot, entre otros) y en el artículo 7 del Reglamento de la misma Ley: depredación de precios, exclusividad en la distribución, discriminación de precios o condiciones de venta, subsidios cruzados y costos crecientes.<sup>207</sup> Sin embargo, cabe señalar que la implementación del artículo 10 de la LFCE con base en los criterios del artículo 7 del Reglamento, no ha sido fácil para la CFC. Por ejemplo, no se tiene antecedente alguno de que la CFC haya sido exitosa en sancionar a agentes económicos con el argumento de discriminación o depredación de precios. Hasta el momento la CFC ha perdido ante el poder judicial todos los casos que han involucrado tales conductas. De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que esta disposición es inconstitucional con el argumento de que “sólo señala criterios generales sobre el daño al proceso de competencia y libre concurrencia, pero no establece los parámetros necesarios que debe seguir la Comisión para sancionar las prácticas monopólicas relativas asociadas a esa fracción.”<sup>208</sup>

<sup>207</sup> Depredación y discriminación de precios no fueron explícitamente mencionados en la LFCE, debido a que probablemente estas prácticas son muy difíciles de demostrar.

<sup>208</sup> El criterio referido se encuentra en la tesis de jurisprudencia número P./J.11/2004 del Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación, publicado en la página 1162, tomo XIX, marzo de 2004, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. El artículo 10 de la LFCE forma parte de la iniciativa de reforma de la propia ley, que recientemente se ha propuesto para su discusión en la Sesión de la Comisión Permanente de la Cámara de Diputados.

La experiencia de otros países sugiere que la discriminación o depredación de precios como argumento de defensa ha involucrado un gran número de denuncias infundadas.

Muchas de las denuncias de prácticas anticompetitivas presentadas ante la CFC en los primeros años de operación consistían en firmas que sostenían que sus rivales establecían precios por debajo del costo promedio o en un nivel que provocaría su salida del mercado; pero todas ellas fueron rechazadas por ser infundadas.<sup>209</sup>

Por otro lado, los criterios contenidos en la mayoría de las legislaciones antimonopolio en contra de la posición dominante por parte de una firma o de un agente económico, típicamente conciernen a las tácticas discriminatorias por medio de las cuales las firmas pueden obtener o proteger posiciones monopolísticas. Sin embargo, la evaluación de la “posición dominante” en el “mercado relevante” difiere sustancialmente entre las legislaciones antimonopolios. Por ejemplo, en la definición actual de la legislación de la Unión Europea, se considera que una empresa ejerce una posición dominante cuando ella misma fija precios de forma unilateral o restringe el abastecimiento en el mercado relevante, sin que otras empresas o distribuidores puedan contrarrestar dicho poder.

Por otra parte, en la legislación estadounidense, al término lo relacionan con poder de mercado, y se considera que una empresa ostenta “posición dominante” cuando su comportamiento es intencional con objeto de excluir a otros agentes económicos del mercado.

La diferencia de los estándares de evaluación de un lado y del otro en los Estados Unidos, es ilegal sólo cuando ambos efectos de exclusión y reducción del bienestar del consumidor aparecen conjuntamente, mientras que en Europa están más

<sup>209</sup> Informes anuales de la Comisión Federal de Competencia, 1994-1997.

orientados hacia la responsabilidad particular de las firmas dominantes que tienen para proteger a los pequeños competidores, y en su defecto tomar en cuenta el posible daño a estos competidores mediante la identificación del abuso de dominancia.

En legislaciones como la mexicana y la estadounidense, tener una posición dominante no constituye por sí mismo una violación a la ley de competencia, como en la Unión Europea. En este último caso, la empresa adquiriente es monitoreada continuamente desde que compra otra entidad. Este monitoreo especial es el escudo de protección de los competidores débiles basado en el principio de “justicia.” Debido a que la preocupación principal de la LFCE es la eficiencia, su enfoque está más relacionado con la legislación estadounidense.

Los procedimientos para procesar y dictaminar los casos constituyen un aspecto nodal. La CFC tiene el poder necesario como para mantener el máximo control sobre la calidad, el tiempo y la integridad general del proceso de decisión. Entonces, el proceso de decisión y los procedimientos afectan directamente la vertiente operacional de la aplicación de la política de competencia.

El artículo 30 de la LFCE confiere atribuciones a la CFC para iniciar investigaciones de prácticas monopolísticas potencialmente ilegales, ya sea como investigaciones de oficio o por denuncia de un agente económico. La CFC posee autoridad para emprender una investigación por iniciativa propia (de oficio) de cualquier práctica anticompetitiva de mercado (absoluta, relativa o una fusión), virtualmente en cualquier sector económico. El artículo 5 del Reglamento de la LFCE describe algunas conductas que podrían indicar prácticas monopolísticas.

Para estudiar estas prácticas, la CFC se apoya fundamentalmente en tres fuentes de información: en primer término, apela a fuentes indirectas como periódicos, revistas e información producida por las cámaras de comercio; en segundo lugar,

recibe sugerencias de la Secretaría de Economía para las investigaciones<sup>210</sup>, y tercero, se basa en información contenida en la denuncia. En realidad, la CFC recoge la información para casos específicos pero no tiene un sistema de monitoreo y búsqueda de información en forma permanente.

En la estructura de la Comisión, el presidente y el secretario ejecutivo tienen el poder de decidir si llevar a cabo o no una investigación de oficio (artículos 22 y 23) del Reglamento de la LFCE. Los criterios que suelen utilizarse para dar curso o no a una denuncia incluyen: las probabilidades de éxito del caso; seguimientos de prácticas anticompetitivas que no se quieren denunciar; el número de denuncias que la Comisión está en condiciones de desahogar, entre otras.<sup>211</sup>

Es particularmente difícil realizar una investigación de oficio para cualquier autoridad de competencia, ya que es necesario trabajar la mayor parte del tiempo con información imperfecta, y la misma ley le permite reunir información sólo después de haber iniciado formalmente la investigación.

El artículo 32 de la LFCE establece que cualquier persona en el caso de prácticas monopolísticas absolutas puede presentar una denuncia en contra de una firma o agente económico. En el caso de prácticas monopolísticas relativas, solamente la parte afectada puede presentar una denuncia formal. En primera instancia no hay espacio para iniciar un juicio: todas las denuncias en materia de competencia deben ser atendidas y evaluadas ante la CFC. En otras palabras, la CFC inicia e investiga el caso y decide sobre él. Ésta es la diferencia sustancial en términos de implementación de la política de competencia con respecto a los Estados Unidos.

<sup>210</sup> No constituye una regla general. Las sugerencias son en casos muy específicos en los que la Secretaría de Economía tiene interés especial en contar con un análisis de mercado. Por ejemplo, en productos como cacao y frijol.

<sup>211</sup> Comentarios de Adrián Ten Kate, economista en jefe de la Comisión Federal de Competencia hasta 2005.

La Comisión Federal de Comercio y el Departamento de Justicia inician e investigan el caso, pero después se lleva a la Corte y es ésta la que se expide al respecto. La parte afectada puede acudir directamente a la Corte sin la intermediación de la autoridad de competencia. Datos estadísticos (1996), 90% de los casos anticompetitivos se resuelven por esta vía.<sup>212</sup>

La CFC tiene la obligación de dar respuesta formal a la denuncia de un caso dentro de un plazo no mayor a 10 días (artículo 25 del Reglamento de la LFCE). La obligación de responder no significa de facto que un caso deba ser investigado. Bajo ciertas circunstancias, la respuesta por parte de la CFC puede indicar que el asunto no viola la LFCE o bien el ámbito de la ley no aplica (artículo 26 del Reglamento de la LFCE). La decisión de si una denuncia deriva en una investigación formal depende enteramente del presidente y del secretario ejecutivo de la CFC (artículos 22 y 23 del Reglamento de la LFCE).

La Dirección General de Investigaciones de la CFC es la encargada de conducir las indagaciones. Las empresas o agentes económicos involucrados son consultados y les dan

<sup>212</sup> ROACH, K Y TREBILCOCK. M., *“Private PArt. y Access to the Competition Tribunal, Faculty of Law University of Toronto, Hull, Québec”, 1996.* La política antimonopolio en Estados Unidos le ha asignado un papel preponderante a lo que se conoce como implementación privada de la ley (private enforcement), es decir, aquellos agentes económicos que se vean involucrados o afectados por alguna práctica anticompetitiva pueden llevar el caso directamente a la Corte con la ayuda de un despacho de abogados y sin la intermediación de la autoridad de competencia o el Departamento de Justicia. Este mecanismo se ha traducido en una mayor rendición de cuentas y eficiencia de la política pública antimonopolio en Estados Unidos. La lógica es contundente: un agente privado que ha sido víctima de una práctica anticompetitiva podría estar en mejor posición y contar con mejor información que el funcionario público de la autoridad de competencia, por lo que tendría mayor fuerza ante la Corte. Es el agente económico agraviado quien tiene el gran incentivo de buscar que se implemente de manera eficiente la legislación antimonopolio que el mismo funcionario público. Dicha racionalidad económica se circunscribe en la tradicional tendencia del pensamiento estadounidense de asumir que las leyes diseñadas para producir beneficio público deberían ser implementadas por las entidades reguladoras públicas, mientras que las leyes diseñadas para regular la interacción entre agentes económicos privados deberían de ser implementadas por agentes privados.

la oportunidad de presentar sus evidencias. La Comisión, por conducto de esta dirección, tiene el poder de obligar a las partes para que suministren información. Una vez que la Comisión ha publicado su decisión de realizar una investigación en el Diario Oficial de la Federación,<sup>213</sup> la CFC tiene que dictaminar sobre el asunto en un plazo no menor que 30 días y no mayor que 90. En casos difíciles, el pleno de la CFC puede extender la fecha por un período de 90 días más (artículo 27 del Reglamento de la LFCE). La Comisión actúa formalmente a través de su máximo órgano interno, el Pleno de la CFC,<sup>214</sup> el cual tiene que decidir por mayoría de votos si un caso particular ha violado la LFCE, y su presidente cuenta con voto de calidad.

La CFC tiene la facultad de imponer multas, ordenar la suspensión, o corrección de las prácticas ilegales.

Para la corrección de dichas prácticas<sup>215</sup> la CFC utiliza tres tipos de condicionamientos: preventivo, contractual modificación de los términos del contrato y estructural. La resolución sobre Cintra en 1994 es un ejemplo de un condicionamiento preventivo. El pleno de la Comisión determinó monitorear de manera continua el desempeño de Cintra en el mercado relevante de aviación comercial. Por otra parte, la modificación de la cláusula de competencia en los contratos ha sido un condicionamiento muy utilizado por la Comisión en el período estudiado.

Respecto a las multas, la CFC tiene la facultad de fijarlas y puede hacerlo a elevados niveles. Por ejemplo, con relación a las prácticas monopolísticas puede fijar una multa de hasta 1,6 millones de dólares. Sin embargo, desde sus inicios la CFC ha impuesto pocas multas y ninguna de ellas alcanza el

<sup>213</sup> Es importante señalar que la Comisión no revela el nombre de la empresas o de los agentes económicos a investigación. Sin embargo, sí menciona algunas características del mercado relevante, por lo que, en ocasiones, no es difícil indagar de qué empresa se trata.

<sup>214</sup> El pleno de la Comisión está integrado por cinco comisionados, incluyendo a su presidente (artículo 25 de la LFCE).

<sup>215</sup> Los mismos criterios se aplican a las fusiones.

tope permitido. La gran mayoría de las multas se explican por notificaciones extemporáneas.<sup>216</sup> El problema con las multas es que la mayoría no se han podido cobrar, y por tanto, no han podido funcionar como un mecanismo eficaz para evitar estas prácticas.

La LFCE establece un riguroso procedimiento, ya mencionado, para desahogar las denuncias. Si bien en cuanto a las fusiones la mayoría de los casos se evalúan en los plazos establecidos, no ocurre de igual forma con las demandas de práctica anticompetitiva, para las que se requiere un nivel de análisis de mayor profundidad.<sup>217</sup>

Finalmente, el artículo 39 de la LFCE establece que una vez hecho el dictamen las empresas pueden recurrir al “recurso de reconsideración” con objeto de convencer a la CFC de reabrir el caso. Sin embargo, este procedimiento es interno, y únicamente la CFC puede revisar la resolución emitida. El presidente de la CFC tiene la facultad de decidir si da pie al recurso de reconsideración o no (artículo 10 del Reglamento de la LFCE). El pleno de la CFC puede revocar, modificar o afirmar la resolución. En la práctica, la mayoría de los recursos de reconsideración son rechazados, es decir, la mayoría de las resoluciones del pleno son ratificadas. Las partes involucradas tradicionalmente han utilizado esta etapa inicial de apelación a fin de alargar la investigación en beneficio propio, lo cual ha significado dedicar mucho tiempo y recursos en esta etapa a pesar de que en la mayoría de los casos se ha ratificado la resolución inicial.

Existen dos formas para apelaciones adicionales. Primero, las empresas pueden recurrir a un juicio de amparo antes de ir a la Corte Federal de Distrito. La Corte puede desafiar la legalidad o constitucionalidad de las decisiones de la CFC, pero

<sup>216</sup> Informes anuales de la Comisión Federal de Competencia, 1997-2003.

<sup>217</sup> Por ejemplo, las fusiones que se mencionan más adelante en la sección de casos.

no la sustancia de la resolución. Lo cierto es que las empresas involucradas han utilizado este recurso constitucional, lo cual ha propiciado retrasos en los procedimientos de la propia Comisión. Segundo, las partes pueden desafiar las multas mediante la presentación de una apelación formal ante una corte administrativa, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA).

El TFJFA no debería de constituirse en una instancia de revisión de los procedimientos contenidos en la LFCE, ya que éste no es un órgano especializado en temas de competencia y libre concurrencia, ni posee atribución alguna en la materia de acuerdo con el artículo 28 de la Constitución.

Por todo lo anterior, es evidente que la CFC no ha asumido en el diseño de su política de implementación el riesgo que enfrentan los procesos judiciales a quedar trancos debido al recurso de amparo.

Las fusiones conforman un tema importante; por ellos su regulación en muchos aspectos sobre procedimientos de decisión, notificación y criterios que rigen la regulación sobre prácticas monopolísticas descritas con anterioridad, se ha centrado en las fusiones<sup>218</sup>; de ahí que la siguiente sección se dedique a la regulación sobre fusiones.

La LFCE establece, como en el caso de la Ley Antimonopolio de Estados Unidos, que las partes involucradas tienen que notificar la fusión ante la CFC, previamente a la realización de dicha transacción si cae dentro de los umbrales establecidos por la propia LFCE. El artículo 20 de la LFCE establece los siguientes umbrales:

<sup>218</sup> Levy, S. 2000, "Observaciones sobre la nueva legislación de competencia económica en México", en Ramiro Tovar editor, *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, ITAM, Grupo Editorial Porrúa, pp. 167-179.

1.º Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

2.º Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un agente económico, cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

3.º Si en la transacción participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.

Los umbrales fueron diseñados a niveles relativamente bajos con el fin de que cualquier fusión potencialmente dañina debiera someterse a escrutinio de la CFC. Cabe mencionar que en fechas recientes el nivel de los umbrales ha sido motivo de discusión en algunos países, en particular dentro de la Unión Europea. Existe evidencia empírica de que puede haber fusiones pequeñas que no estén consideradas en la Ley; pero que por su naturaleza pueden tener efectos anticompetitivos, de forma tal que hay iniciativas para reducir los umbrales considerados. El caso de la compañía francesa “Mérieux”, que adquirió la empresa canadiense “Connaught BioSciences” en 1989, es muy ilustrativo. La empresa resultante de la fusión se convirtió en el único proveedor de vacunas antirrábicas en América del Norte.

Como en el caso de prácticas monopolísticas, la LFCE establece las provisiones que rigen la política de fusiones en México. Los comisionados votan, si aprueban, condicionan o rechazan, una fusión, basados en un memorando formal. Dicho memorando se nutre principalmente de la información propor-

cionada a la CFC mediante el proceso de notificación derivado de la LFCE, y en información desarrollada independientemente por economistas y abogados, y funcionarios de la Comisión.<sup>219</sup>

El objetivo primordial de la LFCE es la eficiencia económica. Este aspecto es evidente en los criterios para la evaluación de las fusiones, contenidos en la LFCE. La ley señala que “La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados” (artículo 16 de la LFCE).

Esencialmente, los casos de reducir, dañar o inhibir la competencia ocurren si la fusión provee a las empresas, ya sea unilateralmente o conjuntamente con otras empresas, la capacidad de ejercer poder de mercado sobre otros agentes económicos, fijación unilateral de precios o reducción sustancial de la oferta en el mercado relevante. Se enfatiza en especial la habilidad, por parte de las empresas, de manipular los precios o los intentos injustificables de desplazamiento de otras empresas. Sin embargo, otros aspectos de política de competencia, como ganancias de eficiencia, barreras de entrada, competencia en importaciones, eliminación de un competidor vigoroso, entre otros, son considerados cuando son aplicables.

La Ley hace referencia a cuáles indicadores de venta, número de clientes, capacidad productiva, o cualquier otro factor que la Comisión considere apropiado, serán tomado en consideración

<sup>219</sup> En diversas ocasiones la CFC recurre a especialistas externos para realizar estudios sobre el mercado relevante. Por ejemplo, el caso de Cintra es ilustrativo a este respecto. Uno de los condicionamientos que el pleno determinó en este caso en 1994 fue el de monitorear el mercado relevante donde participa Cintra. La CFC, desde entonces, contrata los servicios de la consultora Serra & Asociados Internacional (SAI), cuyo principal accionista es el ex Secretario de Hacienda, Jaime Serra Puche, quien además fungió como jefe de Fernando Sánchez Ugarte, segundo presidente comisionado de la CFC, cuando se desempeñaba como secretario de la SECOFI.

en el cálculo de estos índices de concentración. La LFCE y su Reglamento incluyen factores que, en adición a los índices de concentración o participaciones de mercado, pueden usarse para determinar si el proceso de competencia ha sido sustancialmente dañado. Tales factores son<sup>220</sup>:

- Actual o posible competencia efectiva de importación.
- Disponibilidad de sustitutos.
- Cualquier tipo de barreras de entrada, incluyendo costos financieros, cantidad requerida de inversión, control regulatorio sobre la entrada y cualquier efecto de una fusión sobre las barreras a la entrada.
- Relación patrimonial de las empresas o agentes económicos involucrados en la concentración en empresas que participan directa o indirectamente en el mercado relevante o en mercados relacionados.
- Participación previa de la entidad fusionada en el mercado relevante o en mercados relacionados.
- Evaluación de posibles ganancias de eficiencia de la empresa fusionada. Las ganancias de eficiencia incluyen economías de escala y de alcance, reducción significativa de costos administrativos, transferencia de producción de tecnología y reducción en la producción o costos derivados de una expansión en infraestructura o en la red de distribución.

De esta forma las provisiones contenidas en la LFCE que rigen las fusiones y especifican las medidas de concentración o participaciones de mercado no son los únicos criterios para evaluar la fusión, ya que también se provee una lista adicional de factores que pueden considerarse. Sin embargo, en la LFCE y su Reglamento no se establece una guía sobre la importancia relativa de cada factor, ni se especifica cuál es el peso que

<sup>220</sup> Estos factores no son mutuamente excluyentes ni están clasificados en orden de importancia dentro de la LFCE.

debiera darse a cada uno de ellos en comparación con los índices de concentración o participaciones de mercado.

### 3. Iniciativa de reforma a la Ley Federal de Competencia Económica: ¿Una oportunidad perdida?

A lo largo de casi 10 años de política formal de competencia en México, sin duda ha habido logros importantes, como lo ilustra un estudio reciente de la OCDE, 2004. Según este estudio “Los logros de la Comisión son notables, aun considerando el difícil ambiente en el que opera.”

Sin embargo, actualmente es evidente que el marco jurídico que rige la política de competencia en México requiere de una reforma que fortalezca su operación y su puesta en práctica. Las sentencias del Poder Judicial en casos relacionados con la LFCE han puesto de relieve una serie de deficiencias de la Ley, tanto en términos de los procedimientos como de la constitucionalidad de algunos artículos específicos. Asimismo, la experiencia acumulada en el campo de la implementación de la Ley<sup>221</sup> ha evidenciado algunas áreas de competencia que requieren modificaciones. Al parecer, ciertos sectores en el ámbito profesional, académico, político, agentes económicos (consumidores y productores) y funcionarios de Gobierno se han mostrado favorables a la necesidad de la reforma. Prueba de ello es el reciente proyecto de reforma a la LFCE presentado por miembros del Partido Acción Nacional y del Partido Revolucionario Institucional en la sesión de la Comisión Permanente del miércoles 27 de julio de 2005. También existe un proyecto en la Cámara de Senadores, que propone modificar los artículos 14 y 15 de la LFCE en la misma dirección que el proyecto presentado en la Cámara de Diputados.

<sup>221</sup> En el transcurso del presente trabajo se ha evidenciado que la implementación de la política de fusiones por parte de la Comisión Federal de Competencia en México no ha sido del todo efectiva.

De acuerdo con la iniciativa de reforma se persiguen tres objetivos específicos: a) Garantizar la incorporación de competencia en la elaboración de reglamentos, normas y políticas públicas. b) Fortalecer las facultades de la CFC para remediar directamente problemas de falta de competencia en los mercados. c) Solucionar las deficiencias procedimentales del Poder Judicial de la Federación.

A continuación se mencionan y se discuten sólo algunas de las propuestas contenidas en el proyecto de reforma sometido a la Cámara de Diputados. Entre éstas reviste importancia la que se formula con respecto al artículo 24 de la LFCE, que facultaría a la CFC a emitir opiniones en materia de competencia en sectores regulados de la economía. La propuesta está dirigida a fortalecer el mecanismo de opinión de la CFC sobre otras leyes.

Con esta medida se espera mejorar sustancialmente la relación de la CFC con el resto de las entidades reguladoras, que como se verá en el capítulo III de este estudio, ha sido bastante conflictiva. En la misma dirección también se propone incluir como requisito la opinión de la CFC cuando el Poder Ejecutivo Federal tenga intenciones de imponer precios máximos a productos y servicios. La idea es asegurar que esta facultad se aplique en aquellos mercados donde los precios máximos mejoren claramente el bienestar social y evitar que se usen con fines políticos que impliquen el deterioro del funcionamiento de los mercados.

Por otra parte, debido a la dificultad que ha tenido la aplicación del artículo 10, éste se pretende modificar de forma que queden incluidas en él cinco conductas que constituyen prácticas monopolísticas relativas: depredación de precios, descuentos por exclusividad, subsidios cruzados, discriminación en precios o condiciones de venta, e incremento de costos, obstrucción del proceso productivo o reducción de demanda a competidores. Con dicha propuesta se persigue dar mayor

seguridad y certeza jurídicas a los agentes económicos, así como corregir la inconstitucionalidad que determinó la SCJN. También se busca fortalecer la capacidad de la CFC de aplicar el artículo 2 de la LFCE.

Las consideraciones sobre ganancias de eficiencia<sup>222</sup> están contempladas en el artículo 6 del Reglamento de la LFCE. La iniciativa de reforma de ley propone que éstas se remitan a la LFCE para darle mayor solidez. Éste es un componente no menor de la iniciativa de reforma de la LFCE. Muchas autoridades de competencia alrededor del mundo han replanteado este aspecto y lo han incluido como elemento sustancial que juega a favor de las empresas involucradas en una transacción. Estados Unidos reformó su Ley a finales de 1986 para incorporar el criterio de ganancias de eficiencia en el análisis de fusiones y prácticas monopolísticas, aunque comparado con otros países aún sigue siendo limitada su central de la SCJN consiste en que las facultades para controlar la actividad pública de los Gobiernos aplicación.<sup>223</sup> Quizá el ejemplo más ilustrativo es Canadá, cuya legislación de competencia adopta explícitamente el concepto de ganancias de eficiencia y norma con claridad su aplicación.<sup>224</sup> Sin duda, reviste importancia para México la

<sup>222</sup> ROLLER, L. H., STENNEK J., Y VERBOVEN F., “*Efficiency gains from mergers*”, CEPR, Report for European Comisión, DGII, 1999. Las ganancias de eficiencia derivadas por una fusión horizontal constituyen hoy día un aspecto relevante de política pública de competencia; discuten este aspecto extensivamente y subrayan que existe un debate reciente entre las autoridades de competencia de Estados Unidos y la Unión Europea, con el fin de darle un tratamiento más preciso a las ganancias de eficiencia en sus respectivas leyes.

<sup>223</sup> Emerger decisions, “*Working papers Series, DepArt. ment of Economics, Uppsala University*.” Los criterios para fusiones en Estados Unidos obligan a las empresas a demostrar de forma “contundente” las ganancias de eficiencia derivadas de la fusión, y que éstas sean mayores que los costos generados. En la práctica resulta casi imposible para los agentes económicos convencer a las autoridades de competencia respecto de no objetar ni condicionar la fusión con base en las ganancias de eficiencia, por ser éstas difíciles de probar.

<sup>224</sup> La legislación canadiense le otorga un tratamiento más específico, ya que literalmente adopta el enfoque de eficiencia de WILLIAMSON, O. E., “*Economies as an Antitrust defense The Welfare Tradeoffs, Ammerican*

incorporación explícita en la LFCE del criterio de ganancias de eficiencia; de hecho, su legislación no omite la posibilidad de que una fusión genere ganancias de eficiencia, pero es poco clara y adolece de criterios específicos de evaluación para corroborar la existencia o no de tales ganancias. Aun así, la propuesta de reforma no garantiza la eficacia de su puesta en vigor. Como se verá en el capítulo III del presente estudio, las ganancias de eficiencia no parecen tener un papel significativo en las decisiones de la CFC al evaluar las fusiones. En este libro se sostiene que la Comisión debería tomar una actitud más activa que pasiva en tal aspecto, y no dejar exclusivamente toda la responsabilidad de acreditar las posibles ganancias de eficiencia a los agentes económicos. En la mayoría de los casos, las empresas invierten fuertes cantidades en estudios para analizar las posibles ganancias de eficiencia derivadas de la transacción, pero la evidencia empírica ilustra que este criterio económico no influye en la decisión de aprobar una fusión.

En cuanto a los artículos 14 y 15 de la LFCE, la iniciativa propone reformar el primero y derogar el segundo con el fin de subsanar la inconstitucionalidad que señaló la SCJN para ambos. El argumento estatal no puede establecerse en una norma general, sino en la propia Constitución.

Además, se contempla incorporar las fracciones del artículo 117 constitucional, asociadas a actos de autoridades estatales y municipales que pudieran derivar en barreras al comercio inter-estatal. En contraste, la iniciativa del Senado de la República no plantea derogar el artículo 15 de la LFCE, aunque sí su reforma. La modificación sugerida para el artículo 14 de la Ley va

---

*Economic Review*", 58, pp. 1836, 1968. Este autor sostiene el enfoque de bienestar total en el análisis de fusiones y propone comparar la pérdida de peso muerto debido al incremento en el precio después de la fusión contra las eficiencias internas generadas. Williamson concluye en que el ahorro en costos puede ser muy importante en el efecto global de la fusión: altos costos de producción pueden ser reemplazados por bajos costos de producción.

en el mismo sentido que la propuesta enviada a la Cámara de Diputados. En cambio, en la iniciativa del Senado se establece que el artículo 15 sólo faculte a la CFC para que investigue si en algún caso particular contraviene la prohibición del artículo, para que, de ser así, lo haga del conocimiento del titular de la autoridad federal que corresponda, con el objeto de que se adopten las medidas adecuadas.<sup>225</sup>

Para minimizar los efectos derivados de la información asimétrica que la CFC enfrenta para constatar la veracidad de la información que recibe de los agentes económicos, la iniciativa de reforma dispone que los procedimientos de investigación establecidos en la LFCE consideren la posibilidad de inspección o reconocimiento en las instalaciones de trabajo u oficinas de los agentes investigados. La reforma de la Ley argumenta que la inspección es una práctica mundial, y que ha demostrado que el reconocimiento en las instalaciones de trabajo u oficinas de los agentes investigados facilita averiguar la verdad histórica y obtener pruebas sólidas.

Respecto al tema de fusiones, la política pública de competencia involucra un delicado balance entre los efectos anti-competitivos y las posibles ganancias de eficiencia. Evaluando dicho “trade-off”,<sup>226</sup> la autoridad de competencia frecuentemente depende de información imperfecta y enfrenta una asimetría en la información, pues las firmas involucradas en la fusión típica-

<sup>225</sup> “La Iniciativa del Proyecto de Decreto de Reforma de los artículos 14 y 15 de la Ley Federal de Competencia Económica”, ha sido propuesta al senado así: el artículo 15 quedaría de la siguiente manera: “La Comisión podrá investigar de oficio o a petición de parte, si se está en presencia de los actos a que se refiere el artículo anterior y, en su caso, lo hará del conocimiento de la autoridad federal que corresponda, para que ejerza las acciones conducentes.”

<sup>226</sup> [www.dictionary.com](http://www.dictionary.com) Based on the Random House Unabridged Dictionary, Random House, Inc. 2006. “El intercambio de una cosa por otra de valores similares.”

mente poseen mejor información que el propio regulador sobre las “ganancias de eficiencia potenciales.”<sup>227</sup>

La autoridad de competencia en México, la CFC, no ha diseñado hasta el momento instrumento alguno para superar el problema señalado. Sin duda, desde su creación la CFC ha mejorado sustancialmente las metodologías que utiliza para aplicar la legislación antimonopolios. Tal ha sido el caso de delimitar el mercado relevante, determinar el nivel de poder sustancial del agente dominante en el mercado y el desarrollo de técnicas legales y de procedimientos en las investigaciones conocidas como *ex officio* (como la introducción del Reglamento de la LFCE en 1998). No obstante, no ha elaborado técnicas cuantitativas avanzadas que complementen el análisis.<sup>228</sup>

Con respecto a fusiones internacionales la iniciativa de reforma delimita de manera más clara en la LFCE cuál es el alcance real de la jurisdicción que tiene la CFC en materia de fusiones internacionales. De acuerdo con la iniciativa, la determinación de los umbrales ha generado incertidumbre cuando se trata de concentraciones que involucran firmas con subsidiarias, afiliadas o activos radicados en México, aun cuando no se

<sup>227</sup> WHITE, L.J., “Antitrust and emergent policy: A review and critique”, *Journal of Economic Perspectives*, 1987, vol. 1, No. 2, pp.13-22 y FISHER, F.M “horizontal mergers: Triage and treatment”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 1, n.º 2, pp, 23-40. Argumentan que las ganancias de eficiencia son típicamente fáciles de aludir pero difíciles de probar. Fisher se pronuncia a favor de “high standards” para probar las eficiencias. Su argumento se basa en varios ejemplos donde las ganancias de eficiencia fueron la bandera de defensa de las empresas involucradas, pero nunca pudieron probar su existencia. Sin embargo, los autores también sostienen que las autoridades de competencia deberían de realizar esfuerzos en desarrollar técnicas acordes con la teoría económica para la evaluación de las posibles ganancias de eficiencia.

<sup>228</sup> Herramientas convencionales para el análisis estadístico y tendencias de precios destacan *cross-sectional price test*, análisis de precios hedónicos, correlación de precios, prueba de causalidad, regresiones dinámicas de precios y análisis de cointegración, entre otros. Con relación a la demanda, principalmente se tienen análisis de demanda residual. Además, se utilizan modelos de competencia como estudios de concentración de precios, análisis de productos diferenciados y técnicas como análisis de rentabilidad, análisis de cluster y otras.

considera la evaluación de fusiones entre empresas extranjeras radicadas fuera del territorio nacional que pudieran tener efectos en el mercado nacional.<sup>229</sup>

Por último, un aspecto de crucial relevancia es que la iniciativa de reforma plantea la posibilidad de implementar programas de inmunidad cuyo objetivo es proteger a un agente económico que, pese a haber cometido una violación a la ley (práctica monopolística absoluta) decide cooperar y aportar elementos contundentes que demuestren esa práctica, permitiendo eliminarla y sancionar al resto de los agentes económicos involucrados. Estos programas de inmunidad pueden ser un instrumento muy poderoso para prevenir y sancionar prácticas monopolísticas.<sup>230</sup>

Existen las razones que explican dicha tendencia de fusiones en México; sin embargo, es importante señalar que la reestructuración o consolidación de industrias, la liberalización económica y la desregulación, o bien las crisis financieras, son algunas causas que explican en mayor medida este proceso de fusiones. En contraste, las investigaciones sobre prácticas anti-competitivas han sido relativamente estables, con un promedio mayor a 40 casos por año.

Las prácticas monopolísticas y otras restricciones a la competencia en los primeros años de operación de la CFC elevaron un gran número de denuncias. Probablemente tal fenómeno se deba a las expectativas generadas por la entrada en vigor de la nueva LFCE. También en estos primeros años se

<sup>229</sup> ÁVALOS. B. M Y RAMÍREZ, J.C. Documento de Trabajo No. 280, División de Economía, CIDE, 2002. "Concentraciones internacionales y aplicación de leyes de competencia", Comisión Federal de Competencia, *Gaceta de Competencia Económica*, año 5, México, pp. 17-51. Ilustran cómo fusiones internacionales entre dos empresas extranjeras pueden dañar el bienestar de un país si la legislación de política de competencia es demasiado laxa.

<sup>230</sup> Incentivar a las empresas (*insiders*) dentro de un cártel a que cooperen no es una tarea sencilla en situaciones ordinarias en las que no haya ningún tipo de mecanismo que incentive a hacerlo. Un recurso natural para lograrlo es mediante la reducción o eliminación de la sanción.

realizó un gran número de investigaciones de oficio. El énfasis inicial en las investigaciones de oficio parece reflejar una política deliberada que legitime las primeras acciones de la naciente autoridad de competencia. Por ejemplo, las primeras investigaciones de oficio que realizó la CFC se enfocaron en mercados con alto grado de impacto en los consumidores, tales como las tarjetas de crédito y gasolineras.<sup>231</sup> Asimismo, es notable que el porcentaje de denuncias rechazadas fuera muy alto (65%), lo cual también explica que durante los primeros años las acciones en contra de prácticas anticompetitivas se concentraran en investigaciones de oficio.

A principios de la segunda mitad de la década de 1990 la actividad de la Comisión en prácticas monopolísticas siguió creciendo de manera importante por diversas razones. La comunidad financiera y de negocios se vio involucrada cada vez más con la LFCE y al mismo tiempo se volvió más consciente de ésta, lo cual se tradujo en un mayor número de denuncias. De 1993 a 2004 la CFC revisó 507 casos de prácticas monopolísticas, de los cuales 357 fueron denunciados, es decir el 70% del total de los casos, mientras que el resto —150 casos— fue investigaciones de oficio. Asimismo, es preciso acotar que en una proporción considerable del total de los casos concluidos (más del 74%) la CFC no encontró ningún indicio de violación a la LFCE.

Los casos tienen que ver con aspectos de prácticas monopolísticas relativas (o acuerdos verticales), y más del 70% de ellos, según lo investigado para el período 1998-2003, se relaciona con prácticas de abuso de posición dominante.<sup>232</sup>

<sup>231</sup> Informe anual de la Comisión Federal de Competencia 1993-1994.

<sup>232</sup> La muestra contiene 158 decisiones por parte de la CFC con relación a prácticas anticompetitivas incluidas en 10 gacetas en el período 1998-2001 e informes anuales del 2003 y 2004. Aunque la CFC comenzó a operar formalmente en el segundo semestre de 1993; no es sino hasta el segundo semestre de 1998 que comenzó a publicar oficialmente sus decisiones por medio de la *Gaceta de Competencia Económica*, cuando el Reglamento de la

Este énfasis en prácticas monopolísticas relativas revela una interesante similitud con las economías emergentes de Europa Central.

La mayoría de las prácticas monopolísticas absolutas (o acuerdos horizontales) corresponden al rubro de investigaciones de oficio, lo cual determinó que la información principal para evaluar este tipo de investigación no proviniera de los consumidores ni de los competidores, sino que dependió fundamentalmente de la capacidad de la CFC para generarla.

Durante el período 1998-2001 el número de decisiones documentadas en cada gaceta<sup>233</sup> fluctuaba entre 4 y 9, mientras que el número de sanciones ascendía a uno o dos casos en las mismas publicaciones.

## Fusiones

La mayoría de las fusiones provienen del proceso de notificación. También la mayoría de las fusiones ha sido permitida sin condicionamiento alguno. En poco más de 10 años de existencia la CFC solamente ha objetado 18 fusiones.

En el período 1993-2004 las fusiones objetadas representaron apenas 1% del total. En contraste, 88% de las fusiones totales fueron aprobadas sin condicionamiento alguno, mientras que el número de condicionadas sólo representó el 8% del total. Por un lado, es cierto que parte de la explicación de este patrón de decisiones se halla en la correlación que existe con el nivel de los umbrales establecidos en la LFCE. Por ejemplo, si suben los umbrales se esperaría un cambio en los porcentajes. Por otro lado, también es cierto que parte de la explicación tiene

---

LFCE fue decretado. La *Gaceta* incluye la naturaleza y sustancia de todas las decisiones realizadas por parte de la CFC.

<sup>233</sup> Publicación cuatrimestral de la Comisión Federal de la Competencia Económica, México.

origen en la aplicación inconsistente de los criterios establecidos en la LFCE para la evaluación de fusiones.

El marco regulatorio de diversos sectores económicos requiere del aval de la CFC para que los reguladores sectoriales otorguen concesiones o permisos, o bien autoricen la transferencia de tales títulos. Los aspectos de permisos, concesiones, privatizaciones y cesiones de derecho revisados por la CFC se presentan en el gráfico 6. Como se observa, tales aspectos exhiben un patrón de comportamiento similar al de las fusiones: la gran mayoría de los asuntos ha recibido una opinión favorable sin condicionamiento alguno, además de que durante el período 1997-2004 únicamente se han objetado 15 casos, y 17 han sido condicionados.

En el período 1997-1998 ocurrieron fusiones con poco valor. En contraste, a partir de 1999 empezó una tendencia creciente, y se dieron fusiones con gran valor monetario, llegando al máximo de 1168 millones de pesos en el año 2000. Por ejemplo, en ese año se dio la controvertida fusión entre “Citigroup Inc. y Banamex Accival, S. A. de C. V.” En realidad, en el lapso 1999-2001 se registró un proceso masivo de reasignación de activos vía fusiones. Después de 2001 se presenta una tendencia a la baja, ya que se totalizó la suma de 840 millones de pesos, monto todavía mayor que el valor promedio de las fusiones en el período 1997-1998.

Las fusiones se clasificaron como fusiones horizontales “puras” y horizontales “administrativas”,<sup>234</sup> fusiones verticales

<sup>234</sup> ÁVALOS, B. M Y MELGOZA N. J. “Concentraciones Internacionales y Aplicaciones de Leyes de Competencia”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica año 5, México, pp. 17 a 51. Las fusiones horizontales son aquéllas en las que las empresas compiten por un mismo mercado. El daño potencial a la competencia que se deriva de que este tipo de fusión proviene de la reducción del número de competidores en un mercado. Sin embargo, las fusiones horizontales, bajo ciertas condiciones, pueden aumentar la eficiencia económica. En contraste, una fusión horizontal administrativa no tiene efecto sobre el mercado, ya que se trata de una reestructuración interna de la empresa.

“puras” y verticales “administrativas,”<sup>235</sup> fusiones diversificadas (o conglomerados) de tres tipos:<sup>236</sup> diversificada de extensión de producto, diversificada de extensión de mercado y diversificada pura.

En cuanto a los mercados relevantes de las fusiones, sólo se analizaron aquellos que presentaron una frecuencia de casos más elevada en materia de fusiones no objetadas, y la totalidad en el caso de las fusiones condicionadas y objetadas.<sup>237</sup>

El porcentaje de fusiones objetadas, menos del 1%, es muy pequeño si se le compara con las decisiones adoptadas por otras autoridades del mundo. En Estados Unidos y Europa, sus respectivas legislaciones antimonopolios han hecho más difícil el proceso de fusiones y por lo tanto el proceso de concentración industrial. Así, en Estados Unidos existe evidencia de que la aplicación activa de su legislación antimonopolio ha dificultado que las fusiones faciliten a las empresas adquirir poder de mercado desde 1940 (Andrade y otros, 2001).

Sobre los criterios de la Comisión Federal de Competencia para evaluar fusión en el ámbito internacional se han regis-

<sup>235</sup> Las fusiones verticales ocurren entre agentes económicos que efectúan distintas etapas del proceso productivo en una misma industria. Estas operaciones no afectan la fusión de mercado, aunque pueden favorecer las prácticas monopolísticas relativas. Al igual que en el caso horizontal, una fusión vertical administrativa no tiene efecto en el mercado.

<sup>236</sup> ÁVALOS, B. M Y MELGOZA N. J. “Concentraciones Internacionales y Aplicaciones de Leyes de Competencia”, Comisión Federal de Competencia, Gaceta de Competencia Económica, año 5, México, p. 179. Las fusiones de conglomerado comprenden tres tipos: las que se denominan de extensión de producto entre empresas que elaboran distintos bienes, pero utilizan canales de distribución y comercialización o aplican procesos productivos similares. El segundo tipo es el de las operaciones de extensión de mercado entre empresas que elaboran un mismo producto, pero en mercados geográficos distintos. Finalmente, hay fusiones de conglomerado “puro” entre empresas que no tienen ninguna relación entre sí, esto es que no participan en mercados relacionados, o que no comparten tecnología de producción o sistemas de distribución. De igual forma que los anteriores tipos, los conglomerados administrativos no tienen efecto en el mercado relevante.

<sup>237</sup> El nivel de desagregación que implica la noción de mercado relevante es a nivel de productos. La base SICMACEM incluye la codificación de más de mil mercados relevantes.

trado varios intentos de evaluar la implementación de la política de competencia por parte de diversas autoridades, pero hasta ahora no hay estudio empírico alguno que se haya centrado en el proceso de decisión de la autoridad mexicana de competencia.

### **Relación entre autoridades de competencia y autoridades de regulación**

El artículo 24 de la LFCE faculta a la CFC para emitir opinión sobre los efectos en la competencia por parte de programas gubernamentales, políticas o legislaciones propuestas. El marco regulatorio de diversos sectores requiere la opinión favorable de la Comisión como un requisito indispensable para que los reguladores sectoriales autoricen concesiones o permisos, o bien autoricen la transferencia de tales títulos. Las siguientes fracciones del artículo 24 de la Ley, específicamente señalan:

- I. Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la administración pública federal, cuando de éstos resulten en efectos que puedan ser contrarios a la competencia y la libre concurrencia.
- II. Opinar, cuando se lo solicite el Ejecutivo Federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia.
- III. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos jurídicos ni la Comisión pueda ser obligada a emitir opinión.
- IV. Participar con las dependencias competentes en la celebración de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia, de los que México sea o pretenda ser parte.

La forma más común en la que la CFC ha intervenido en las decisiones del Gobierno ha sido mediante tarifas y precios regulados. Después de entrar en vigor la LFCE, las leyes de telecomunicaciones, aviación comercial, aeropuertos, cobro de casetas y puentes, vehículos de transportación y gas natural, han sido modificadas en el sentido de que un proceso de desregulación o privatización en cualquiera de esos sectores requiere pedir el aval de la CFC, con la restricción de que la agencia federal de regulación relevante controlará tarifas si la Comisión considera que el nivel de competencia efectiva es insuficiente. También la ley sobre puertos establece que el precio y otros aspectos de regulación sobre servicios pueden ser eliminados o modificados si la Comisión determina que tales regulaciones dañan la competencia. Algunas leyes requieren de que los potenciales entrantes (“bidders”) en las subastas de franquicias de servicios públicos obtengan la aprobación de la CFC en términos del efecto que tendrán en el mercado relevante.

Por otra parte, a la CFC se le dotó también de un papel consultivo relevante sobre autoridades tales como la Comisión Reguladora de los Fondos Privados de Pensiones (Consar). Ésta participa en comités intersecretariales tales como la Comisión de Revisión de la Legislación “anti-dumping” y en la Comisión Intersecretarial de Desincorporación.

Aun cuando las opiniones de la CFC no son legalmente obligatorias, en ocasiones no dejan de ser controvertidas, y algunas veces se traducen en conflictos entre la autoridad de competencia y la autoridad reguladora.

### **Casos relevantes**

En el curso de los 10 años de implementación formal de la política de competencia, la CFC se ha visto involucrada en casos relevantes y decisiones que han ilustrado tanto la eficacia como las limitaciones de su accionar. Ninguno ha sido tan importante

como el caso donde la CFC tuvo que tratar con la empresa Telmex, aunque ha habido un número de casos relevantes en las áreas de aviación, ferrocarriles, puertos, satélites y distribución de gas natural, sólo por mencionar algunos. He aquí dos ejemplos de casos relevantes

a) Cintra.

Derivado de la mayor crisis financiera contemporánea en México, durante 1994-1996, las aerolíneas nacionales Aeroméxico y Mexicana se hundieron en una severa crisis financiera. Como medida temporal, los bancos acreedores asumieron el control a través de la empresa Holding Cintra. Como resultado de la quiebra bancaria, el Gobierno es ahora accionista mayoritario con el 63% de estas líneas aéreas a través del Instituto de Protección al Ahorro Bancario (IPAB). Cintra controla más de tres cuartas partes del mercado nacional, y las tarifas se han venido incrementando significativamente desde que las dos aerolíneas han sido manejadas bajo un esquema de control común.<sup>238</sup> A pesar de que el Gobierno ha cedido la venta por separado de Aeroméxico y Mexicana, existe evidencia de que ambas aerolíneas incumplieron uno de los condicionamientos iniciales de la CFC con respecto a que ambas firmas tenían que conducirse separadamente en términos financieros y comerciales.

Mediante una resolución de 1997 la CFC había insistido, sin éxito, en que las dos aerolíneas tenían que venderse por separado. El Gobierno se había negado todos estos años, con el argumento de que no era oportuna dicha venta. El Gobierno se enfrentó con intereses divergentes entre los agentes involucrados. Por una parte, los bancos y el IPAB, como dueños de

<sup>238</sup> En 16 de 42 rutas nacionales únicamente operan Aeroméxico y Mexicana. Un estudio interno de la CFC determinó que en estas 16 rutas las aerolíneas ostentaban un margen de rentabilidad mayor al 60% e imponían precios monopolísticos. Por ejemplo, en julio de 2005 salía más costoso volar a Zihuatanejo, que a Texas, por lo que consumidores nacionales subsidian a consumidores de vuelos internacionales.

las aerolíneas, deseaban maximizar la venta de Cintra como un todo en los mejores términos posibles, mientras que los sindicatos se sentían vulnerables por la pérdida de control al vender por separado las aerolíneas. Algunos funcionarios y analistas del sector argumentaban que la venta por separado debilitaría el sector de aviación civil nacional, debido a la competencia de mercados más desarrollados (como el de Estados Unidos). Sin embargo, la CFC se mantuvo en la posición de su resolución inicial de vender por separado ambas aerolíneas; de lo contrario, se incurriría en una violación a la LFCE. En oposición a la opinión de que era necesario un “Campeón Nacional”, la CFC expresó que “Ni es aceptable ni legalmente permisible que los consumidores mexicanos paguen tarifas muy altas para subsidiar las rutas extranjeras” (CFC, 2003: 73). La licitación ya comenzó (octubre de 2005); el Gobierno ha cedido y está dispuesto a vender por separado las mencionadas compañías. Este caso puede ser aleccionador para las autoridades de competencia en Centroamérica al analizar las prácticas monopolísticas de TACA en dicha región. El enfoque y la metodología que utilizó la CFC en el caso de Cintra podrían ser de utilidad para las autoridades de la región.

b) Telmex.

Sin duda, la batalla legal de la CFC más difícil y publicitada ha sido con Telmex. La privatización de la empresa en 1991, ocurrida antes de que se estableciera un marco regulatorio comprensivo y sin ningún tipo de consideraciones de competencia, constituye el clásico ejemplo de cómo la política macroeconómica “a la Washington consensus” es negligente al omitir aspectos microeconómicos. Aparentemente, las autoridades mexicanas priorizaron la maximización de ingresos por la venta de Telmex como una sola entidad, en vez de licitar varias áreas en forma separada. Inclusive, el Gobierno concedió un período de gracia de cinco años, durante los cuales la nueva

empresa privatizada, tendrían la exclusividad de proveer el servicio de larga distancia y (de facto) el servicio local.

Aunque a principios de 1993 se abrió el mercado de telefonía celular, Telmex en realidad ya había adquirido varias licencias regionales para operar telefonía celular, y había creado la empresa América Móvil, la cual se convirtió en el operador nacional más grande del país en materia de telefonía celular. Si bien los servicios se han ampliado drásticamente desde la privatización, México aún enfrenta los costos de instalación y tarifas más elevadas de los países miembros de la OCDE. En realidad, el proceso de privatización implicó la transformación de monopolio público en un monopolio privado.

Seis años después de la privatización se promulgó la Ley Federal de Telecomunicaciones y se creó la Cofetel, el ente regulador del sector, auspiciado por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). En teoría, se dotó de herramientas a la CFC y a la Cofetel para asegurar que Telmex enfrentara un mercado competitivo. Se permitió la participación de nuevos competidores, principalmente en mercados de telefonía celular y larga distancia, los cuales obtendrían acceso irrestricto y no discriminatorio a la red local, controlada por Telmex. Asimismo, la Cofetel tiene el poder de regular las tasas de rendimiento y los servicios si la CFC determina que la compañía ostenta poder sustancial en el mercado relevante. Sin embargo, el período de gracia que se le concedió a Telmex, derivado del proceso de privatización, fue un factor crucial para que consolidara su posición dominante en el mercado relevante.

En 1998 la CFC declaró a Telmex como agente con poder sustancial en cinco mercados relevantes: telefonía local, larga distancia nacional y larga distancia internacional (que directamente impactan a los consumidores), servicios de interconexión y servicios interurbanos (que impactan directamente a los competidores de Telmex). Desde entonces a la Cofetel se le

asignó la tarea de crear la regulación necesaria para garantizar la competencia efectiva en estos mercados relevantes. Aun así, no ha habido un progreso notorio al respecto. Telmex ha contratado un grupo de abogados expertos que han desafiado las decisiones de la CFC y de la Cofetel dentro del laberinto del sistema judicial mexicano.

Frecuentemente, los argumentos descansan más en cuestiones de procedimiento que en la sustancia del caso. Telmex ha sido exitosa en forzar a la CFC a revalorar y cambiar los aspectos esenciales que inicialmente sirvieron de base para declarar a Telmex como agente con posición dominante, mientras que ha socavado la capacidad de la Cofetel de aplicar sus regulaciones.

La CFC ha venido intentando imponer a Telmex, un sinnúmero de veces (normalmente a partir de las denuncias formales realizadas por los competidores), sanciones por prácticas monopolísticas. Un indicador claro de ello es que el 40% del valor monetario de multas que la Comisión ha impuesto durante estos 10 primeros años de existencia, han sido directamente a Telmex, aun cuando en la práctica la vía del proceso judicial en la que se ha “amparado” la empresa ha impedido que la CFC cobre dicho valor. A pesar de los esfuerzos de la CFC, Telmex ha ganado las batallas judiciales. A final de cuentas, las concesiones otorgadas en el proceso de privatización a Telmex han neutralizado las acciones en contra de la empresa.

### **Dimensión internacional de la política de competencia**

La presencia de una empresa extranjera no constituye un criterio económico explícito que rija las decisiones de la CFC. La LFCE no especifica criterios para la evaluación de fusiones o prácticas monopolísticas donde participe al menos una empresa extranjera. Si bien la LFCE y su Reglamento permiten que la autoridad de competencia tenga jurisdicción para evaluar las

subsidiarias de una empresa extranjera en México, no se establece la posibilidad de evaluar una fusión internacional, es decir entre dos empresas extranjeras fuera del país, pero que por la naturaleza de la fusión puedan tener efectos en el mercado nacional. De forma similar, no existe la posibilidad de evaluar un cártel bajo las mismas circunstancias.

Ningún país latinoamericano, incluyendo México, ha extendido su autoridad para incluir la investigación de las operaciones entre firmas extranjeras o entre firmas nacionales y extranjeras. No obstante, algunas leyes de competencia reclaman jurisdicción sobre fusiones internacionales.<sup>239</sup>

De la misma manera, la Unión Europea puede reclamar jurisdicción extraterritorial en casos en que las acciones efectuadas por empresas extranjeras puedan tener efectos negativos en los mercados domésticos o en el mercado comunitario.

La actividad de la CFC, a raíz de la mayor presencia de fusiones con dimensión internacional, los Gobiernos nacionales y organismos internacionales han comenzado a poner atención a la dimensión internacional de la política de competencia. Dicho aspecto ha propiciado un fuerte debate sobre sus posibles implicaciones económicas y sociales en los países.<sup>240</sup> Algunas autoridades nacionales de competencia se han dado a la tarea de examinar la conducta de los productores extranjeros. La Organización Mundial de Comercio (OMC) ha puesto atención sobre los efectos de la dimensión internacional de la política de competencia. En la reunión ministerial de la OMC, organizada en

<sup>239</sup> WHISH, R y WOOD, D, "*Mergers Cases in the Real World: A Study of Control Procedures*", París, 1994. Examinaron nueve casos de fusiones internacionales en los que más de dos autoridades de competencia estuvieron involucradas en las investigaciones. Por ejemplo, la fusión entre Gillette y Wilkinson fue revisada por 14 autoridades nacionales de competencia.

<sup>240</sup> El interés no es nuevo. La dimensión internacional de la política de competencia ha sido tema de discusión por varios años; leyes y políticas de competencia estuvieron en la agenda de negociaciones para el establecimiento de una Organización Internacional de Comercio (OIT) después de la Segunda Guerra Mundial.

Singapur en diciembre de 1996, los países miembros decidieron establecer un Grupo de Trabajo con objeto de estudiar la interacción en la política comercial y la política de competencia.<sup>241</sup>

México no se exceptúa de esta tarea, ya que en los últimos años la actividad internacional de la CFC ha sido significativa y alcanzó la cúspide en el 2003, año en el cual el país fue sede de la Segunda Conferencia Anual de la Red Internacional de Competencia Económica (RICE).<sup>242</sup> La RICE se ha convertido en un foro internacional de debate para la política de competencia. Con la incorporación de Colombia, India, Kirguistán y Letonia, en el año 2003, actualmente la RICE está conformada por 75 autoridades de competencia del mundo.

La participación en foros y organismos internacionales ha sido una estrategia muy clara por parte de la CFC, para reforzar las tareas de protección a la competencia y también para mantenerse actualizada respecto de las tendencias de políticas y legislación en materia de competencia. Recientemente ha participado en grupos de trabajo y negociación como la Organización Mundial de Comercio (OMC), la OCDE,<sup>243</sup> la RICE, el Mecanismo de

<sup>241</sup> Previamente a este Grupo de Trabajo, en 1992 fue establecido el Grupo de Trabajo Internacional sobre el Código Antimonopolio, compuesto principalmente por un grupo de alemanes expertos en materia de política de competencia. Dicho grupo produjo un borrador titulado "International Antitrust Code", el cual fue planteado al pleno del GATT en el verano de 1993. Aunque dicho documento fue ampliamente criticado, tuvo éxito en llamar la atención sobre la dimensión internacional de la política de competencia.

<sup>242</sup> La conferencia anual se celebró en Mérida, Yucatán, del 23 al 25 de junio de ese año, y contó con la asistencia de 123 representantes de 52 autoridades de competencia. En esa ocasión, el presidente de la CFC fue elegido presidente de este organismo internacional. El objetivo de la conferencia consistió en presentar los resultados de los tres proyectos encargados por el pleno en la Conferencia Anual de Nápoles en 2002: a) procedimiento de control de fusiones; b) la labor de abogacía por la competencia; y c) el desarrollo de las capacidades y la implementación de la política de competencia.

<sup>243</sup> Cabe señalar que la labor del Comité de Competencia de la OCDE es orientar y apoyar a los países miembros en materia de competencia. La idea es propiciar leyes de competencia robustas, en el entendido de que una mayor competencia contribuye a impulsar el crecimiento económico, el empleo y la inversión.

Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)<sup>244</sup>, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

No cabe duda de que el accionar de la CFC en los diversos foros internacionales sobre política de competencia ha sido correcto y debe seguir fortaleciéndose en esa dirección. Sin embargo, se piensa que la influencia de la CFC en dichos foros tiene que ir más allá de la simple presencia, tiene que realizar una política más proactiva que reactiva en este terreno. Es decir, la actividad de la autoridad de competencia debe también darse en la esfera de propuestas y soluciones para prevenir posibles efectos anticompetitivos de fusiones internacionales o cárteles que tienen efectos transfronterizos. En esta materia el papel de la CFC puede ser crucial, ya que a diferencia de otras economías subdesarrolladas cuenta con una experiencia vasta de casi una década. En este sentido, México puede ser interlocutor entre las economías subdesarrolladas, que se encuentran en plena elaboración de sus leyes de competencia o de reciente implementación, y los foros internacionales.

### **Acuerdos bilaterales**

La profundización de las relaciones con otras autoridades de competencia del mundo quizá constituya la apuesta más fuerte de la CFC en materia de actividad internacional. La Comisión ha establecido acuerdos de cooperación con las autoridades de Estados Unidos y la Comisión Europea.<sup>245</sup> También

<sup>244</sup> En el 2002 la CFC asumió la presidencia del Grupo sobre Política de Competencia y Desregulación (CPDG) de la APEC. Actualmente en dicho Grupo se desarrollan paralelamente dos proyectos: el Programa de Capacitación para promover la Competencia Económica y la Iniciativa Conjunta APEC-OCDE para Reforma Regulatoria Comisión Federal de Competencia, 2003.

<sup>245</sup> De acuerdo con la Comisión, en 2003 se realizaron 29 notificaciones internacionales en el marco de dichos acuerdos entre las autoridades de competencia (CFC, 2003). Esencialmente estos acuerdos se restringen al

logró firmar recientemente el acuerdo entre el Gobierno de México y el Gobierno de Canadá sobre la aplicación de sus leyes de competencia.<sup>246</sup> El acuerdo implica una mayor cooperación técnica respecto de la implementación de la ley entre las autoridades de competencia de ambos países.

Por otra parte, el tratado de libre comercio que México firmó con Uruguay en 2003 incluye un capítulo sobre la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado. En la actualidad la CFC se encuentra en proceso de negociación para la firma de tres acuerdos con diversas autoridades de competencia: el Ministerio de la Federación Rusia para la Política Antimonopolio y de Apoyo a la Empresa, la Comisión de Comercio Leal de la República de Corea y la autoridad de competencia en Chile.

### **1.1 Situación actual en México en materia de competencia**

La situación actual de la política de competencia en México permite concluir en que se han desarrollado instituciones e instrumentos adecuados, en pleno reconocimiento de la importancia que las condiciones de competencia tienen para el desarrollo económico de un país. Aunque en la práctica existen algunos obstáculos legales, institucionales y de implementación que dejan a la CFC con las manos atadas para combatir de manera efectiva los monopolios, la experiencia mexicana proporciona un punto de referencia relevante para otros países en desarrollo que se hallen en proceso de elaboración de sus respectivas instituciones y leyes de competencia.

Desde un punto de vista operativo, el sistema judicial es el principal obstáculo para la puesta en práctica efectiva de la

---

intercambio de información clasificada por las autoridades como información pública.

<sup>246</sup> Diario Oficial de la Federación del 24 de abril de 2003. A principios de 2003 el Senado de la República ratificó la entrada en vigor de este acuerdo

política de competencia. Como lo ha evidenciado, sobre todo el caso de Telmex, el proceso judicial en México ha afectado la aplicación de la política de competencia (principalmente retrasando los procesos) a través de los “amparos.” Existe el riesgo de que cualquier caso se estanque en el sistema judicial debido al recurso de amparo y la CFC no pueda hacer efectiva su política. Los problemas legales han limitado la recolección a únicamente 10% del total de las multas que ha impuesto la CFC desde su creación. Esto es muy preocupante si se considera que la lógica de las multas es desincentivar principalmente las prácticas monopolísticas absolutas. La lección que se deriva de esta situación es que se deben considerar los riesgos de los procesos judiciales dentro del diseño y la ejecución de la política de competencia. Por ejemplo, si una práctica monopolística relativa a través de depredación de precios es muy difícil de demostrar, la autoridad debería de buscar otras formas de resolver el caso. Sin embargo, en el futuro será necesario permitir a las partes involucradas apelar a las decisiones de implementación por parte de la CFC ante las cortes; pero las cortes no tendrían que ser la principal instancia de decisión.

La iniciativa de reforma a la LFCE presentada en 2005 es un primer paso para fortalecer las tareas cotidianas de la CFC a raíz de que la dota de mayor autonomía y margen de maniobra con respecto al diseño de su política de competencia. Con todo, es importante seguir trabajando y discutiendo mecanismos alternativos de implementación. El año 2005 puede ser buen momento para que el pleno de la cámara de diputados extienda la discusión sobre dicha reforma a otros agentes de la sociedad —tanto en el ámbito académico como profesional—, que por su experiencia podrían contribuir a mejorar la reforma propuesta.

Casos como los de la licitación del espectro radioeléctrico y el de Telmex demandan una coordinación eficaz entre las autoridades de competencia y las reguladoras de los sectores.

Respecto de la política de investigaciones de prácticas monopolísticas, la experiencia mexicana nos enseña que debe ponerse atención especial en este rubro. La necesidad de crear una política explícita a través de la implementación de un sistema de monitoreo, no sólo de búsqueda de información, sino también su generación, es tarea prioritaria en el futuro inmediato. Se tiene que buscar y garantizar una implementación de la política de competencia en materia de prácticas monopolísticas proactiva más que reactiva.

Por otra parte, la evidencia empírica demuestra que la mayor parte de la actividad de fusiones presenta un patrón de agrupamiento (*clustering merger activity*) en sectores particulares tales como las llamadas industrias de infraestructura (*utility industries*), telecomunicaciones, electricidad, agua y distribución de gas, y sectores como financiero, manufacturas, distribución de bienes y alojamiento temporal y preparación de alimentos y bebidas.

Otro aspecto: los mercados relevantes con mayor nivel de concentración fueron banca múltiple, producción y comercialización de tequila, servicio de hospedaje y actividades conexas, Afores y Siafores, servicios de aseguramiento contra vida, accidentes, enfermedades y daños, servicios de generación y cogeneración de energía eléctrica y supermercados.

Poco se sabe sobre los criterios de evaluación y el peso de cada uno de ellos en los procesos de decisión dentro de la autoridad de competencia.

A pesar de que la CFC reconoce que la fusión mejorará la eficiencia económica, no parece beneficiar consistentemente a las empresas que notifican su intención de fusionarse, pues no tiene una metodología para poder cuantificar este posible avance. Sin embargo, resulta más sorprendente que factores (presencia de empresas extranjeras) que no aparecen explícita-

mente en los criterios de fusiones tengan un efecto estadístico significativo en las decisiones de la Comisión.

Los mecanismos de cooperación internacional bilateral con los países con quienes se hayan suscrito acuerdos de libre comercio también son un ámbito importante para desarrollar mecanismos de prevención. En el caso de México, los acuerdos que ha firmado con varios países (en especial, Estados Unidos y Canadá) se han traducido en una mayor cooperación e intercambio de información, así como mayor actualización, lo cual ha permitido una mejora sustancial en el desempeño de la CFC.

Actualmente es difícil determinar si las fusiones internacionales han beneficiado o no a la región (incluyendo a México), además de que escasean los estudios de nivel micro que midan el impacto en el bienestar social. Sin embargo, este fenómeno tan marcado de empresas extranjeras altamente concentradas en las industrias de la región debería de constituir un foco de atención para que se discuta con seriedad la incorporación explícita del tema en el diseño e implementación de la política de competencia, como ocurre en otros países, sobre todo en la mayoría de los miembros de la OCDE.

## **2. Derecho de competencia en Panamá**

Las condiciones generales de la competencia en Panamá, uno de los primeros países del istmo Centroamericano en sancionar una ley y establecer una autoridad en esta materia, es una agencia dedicada, entre otros temas, a la promoción de la libre competencia.<sup>247</sup> Esta agencia autónoma de Estado se llama Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (Clicac). La Ley de Competencia se promulgó en 1996 como parte de una serie de iniciativas para formar los entes regula-

<sup>247</sup> Costa Rica y El Salvador también cuentan con un organismo de este tipo. Guatemala, Nicaragua y Honduras tienen proyectos de ley de competencia, pero no han sido aprobados por sus órganos legislativos.

dores surgidos en el período 1994-1999. Cuatro hitos importantes impulsaron la definición y aprobación de dicha ley: el primero fue la adhesión del país a la Organización Mundial de Comercio (OMC), acto que generó la demanda por el nuevo marco institucional; el segundo, consecuencia del primero, fue la necesidad de contar con leyes para defender a los actores económicos nacionales del comercio internacional desleal; en tercer lugar, la necesidad de complementar la también nueva ley de marcas, y por último, los Tribunales Especializados de Comercio, que se crearon como mecanismo de mediación de conflictos que pudieran surgir en materia de competencia y otros asuntos afines. La Clicac atiende cuestiones de competencia, protección al consumidor y dumping, es decir, un amplio universo de temas, lo que rebasa la capacidad de la institución, que dispone con pocos recursos. Durante sus 10 años de existencia, la Clicac ha resuelto pocos casos de prácticas anticompetitivas. En efecto, la mayoría de los casos que atienden los Tribunales de Comercio son los referentes a derechos de propiedad intelectual, especialmente marcas. Los procesos de prácticas monopolísticas relativas o absolutas han sido demorados y resultaron costosos. En 2005 se ha planeado un cambio en la ley de competencia a fin de reducir el número de comisionados, trasladar algunas funciones a otros entes (dejando los temas de competencia en la Clicac), pero manteniendo la facultad de dirimir los casos en el Órgano Judicial.

El surgimiento de la Ley de competencia: contexto político, económico y social. Las causas de la Ley y los principales obstáculos para su aprobación surgen en el proceso democrático, y se interrumpió en Panamá en 1968 cuando un golpe militar expulsó del poder al presidente electo Arnulfo Arias Madrid. La democracia resurgió a fines de 1990 después de una invasión del Ejército de Estados Unidos a Panamá.

El Gobierno central de septiembre de 1994 se caracterizó por la modernización del Estado con un énfasis especial en el desarrollo de reformas estructurales de primera generación, como la apertura comercial, las privatizaciones y los ajustes fiscales, entre otras. A partir de 1996 se iniciaron reformas llamadas de segunda generación, consistentes en la creación de entes reguladores de monopolios privados, del mercado de valores, de la banca y de promoción de la competencia.

La privatización de los principales servicios públicos (energía eléctrica y telecomunicaciones) junto con la creación de entes reguladores independientes fueron algunos de los pilares de la política económica del Gobierno. El Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSP) se creó en 1996 para establecer las tarifas de los nuevos monopolios privados que reemplazaron a los antiguos monopolios estatales. El 48% del capital de las empresas proveedoras de la telefonía fija y una igual proporción en la generación y en la distribución de energía eléctrica pasaron a manos privadas junto con la administración de esas empresas. El suministro, la distribución y la comercialización de agua potable quedaron en manos del Estado, así como la transmisión eléctrica. La telefonía celular se otorgó en concesión completa a operadores privados en un duopolio protegido por la ley hasta principios del año 2007, en que se abrirá el mercado a nuevos participantes.

Se creó la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (Clicac), se estableció mediante la Ley 29 del 1 de febrero de 1996. Esta Ley pasó a formar parte de un conjunto de disposiciones que dieron lugar a la conformación de diversos entes reguladores en el período 1994-1999.

El concepto de “ley de competencia” era novedoso en el país, pese a que ya se habían desarrollado consultorías diversas sobre el tema durante el Gobierno del presidente Endara. Asesorías con fondos de la Agencia Internacional de los Estados

Unidos para el Desarrollo (AID) y del Banco Mundial se materializaron con el proyecto de Ley en 1994, elaborado por Gustavo Paredes, Jorge Federico Lee y Jorge Fábrega Paredes, que formaron parte del primer grupo de comisionados de competencia en Panamá.

No habían antecedentes de una institución semejante en Panamá, salvo en el aspecto relacionado con la Oficina de Control de Precios, vigente desde los primeros años setenta hasta la entrada en vigencia de la Ley 29. Es curioso que existiera este vacío institucional debido al mandato constitucional que prohibía —y aún prohíbe— los monopolios privados.

La necesidad de normar ciertos temas relacionados con el funcionamiento de los mercados surgió en virtud de la entonces reciente adhesión de Panamá a la Organización Mundial del Comercio (OMC), lo cual requería un cuerpo de legislación en el país sobre los temas de comercio desleal, subsidios y medidas de salvaguardia, que recayeron en la Clicac, junto con los temas de competencia propiamente dichos, aunque éstos no eran parte de los acuerdos con la OMC.

Un recuento del entorno de aprobación de la Ley podría definir cuatro hitos importantes que impulsaron la definición y la aprobación de la ley de competencia: el primero fue la adhesión de Panamá a la OMC, que desencadenó la demanda por el nuevo marco institucional; el segundo, consecuencia del primero, fue la necesidad de normar las leyes nacionales contra el comercio internacional desleal; un tercero, complementario a la Ley 29, fue la nueva ley de marcas y, por último, como mecanismo de mediación de conflictos, la creación de los Tribunales Especializados de Comercio.

El 6 de septiembre de 1997 Panamá se convirtió en miembro de la OMC, con bastante retraso respecto de los demás países de la región. La adhesión al acuerdo de comercio requería del fortalecimiento de instituciones que pudieran enfrentar nuevos temas, como “dumping”, salvaguardias, barreras a la entrada,

entre otros. La discusión sobre la adhesión a la OMC había sido prolongada, pues desde inicios de los años noventa el Gobierno había realizado las primeras consultas para su incorporación (2001). En el ínterin, desde el inicio de las discusiones de incorporación hasta la adhesión propiamente dicha a la OMC, se completaron los trabajos que llevaron a la aprobación de la Ley de Competencia. No es de extrañarse entonces que muchos de los temas de comercio exterior, como competencia desleal y “dumping”, terminaran formando parte del cuerpo de la Ley 29.

La Ley 29 incorporó de manera explícita el concepto de comercio desleal como elemento importante para adecuar la normativa nacional frente a la OMC. La Ley define como “dumping” la importación de mercancías con destino al mercado nacional a un precio inferior a su valor normal en el país exportador. Un producto importado es considerado como introducido en el mercado nacional a un precio inferior a su valor normal, así:

- Si su precio de importación es menor que el precio comparable de un producto idéntico o similar destinado al consumo en el país exportador, en las operaciones comerciales normales.
- Si no se comprobase dicho precio en el mercado interno del país exportador, el margen del “dumping” se determinará mediante la comparación con un precio comparable del producto similar o idéntico cuando éste se exporte a un tercer país.
- En caso de no existir exportaciones a terceros países, si el precio de importación fuera menor que el costo de producción del producto en el país de origen, más un margen razonable para cubrir los gastos de venta y la utilidad.

Un tercer pilar que fue parte del nuevo arreglo institucional de la competencia se centró en la modificación del anterior ordenamiento mediante la Ley 35, del 10 de mayo de 1996,

que se conoce como Ley de Propiedad Industrial y se llama a menudo Ley de Marcas, aunque su ámbito contempla también las patentes, la propiedad intelectual y los derechos de autor. Panamá ha sido a través del tiempo un centro regional importante de registro de marcas internacionales. La razón radica en la importancia de la Zona Libre de Colón como centro de reexportación de productos terminados. Esta Ley puso al país en la ruta de compatibilidad de las leyes nacionales con la OMC.

Una ventaja adicional de la regulación de marcas se refleja en las negociaciones preliminares del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Singapur y con Estados Unidos, es obvio la necesidad de negociar la implementación de nuevas medidas de protección de propiedad intelectual en relación con marcas registradas. Una realidad es que los tratados de libre comercio son, en última instancia, compromisos que garantizan inversiones mediante el desarrollo de instrumentos para reducir las incertidumbres entre empresarios de dos países o regiones y que se puede perder si no se posee un marco jurídico adecuado para dirimir los conflictos en esta materia.

Una vez definidas las nuevas leyes de comercio, la discusión institucional se orientó a indagar si aquéllas debían ser interpretadas y atendidas por la jurisdicción administrativa, por los tribunales de justicia tradicionales o por juzgados especializados. Los organismos internacionales y el Poder Ejecutivo consideraban que estos temas debían resolverse por la vía administrativa. Pero en 1978 un fallo de la Corte Suprema con respecto a contratos de exclusividad comercial había determinado que los temas de comercio debían ser conocidos por los tribunales ordinarios y no podían resolverse por la vía administrativa. La promulgación de la Ley de Propiedad Industrial, sumada a la ya existente de competencia, justificó, por su volumen de negocios, la creación de los Tribunales Especializados de Comercio.

Como se mencionará posteriormente, el modelo para dirimir conflictos que se escogió en la legislación aprobada tiene un componente inicial de procedimientos administrativos, los cuales culminan en una etapa jurisdiccional.

Los modelos de ley que fueron considerados y las primeras consultorías sobre los temas de competencia fueron financiados por la AID (1990-1994). Se revisaron las leyes europeas y de otros países de la región. Las leyes que más se estudiaron fueron las de Estados Unidos y la de México; pero el énfasis principal se puso en el efecto de las conductas anticompetencia sobre el bienestar del consumidor. De la legislación mexicana se aplicó la separación entre prácticas absolutas y prácticas relativas ilícitas, que son la base de la norma sobre competencia en Panamá a partir de la Ley 26. De la legislación estadounidense se adoptó el concepto de acción de clase (“class action”), que caracteriza a la legislación panameña de competencia con relación a las demás de América Latina, salvo incipientes intentos en Argentina.

La Ley aprobada contiene cuatro títulos sustantivos y cinco de organización y procedimientos. Los cuatro primeros, objeto principal de este estudio, son: monopolio, protección al consumidor, prácticas del comercio desleal y medidas de salvaguardia.

Tipificación de las violaciones a la libre competencia se encuentran reguladas en la que establece en su artículo 8 el concepto de libre competencia de la siguiente forma: “Se entiende por libre concurrencia la posibilidad de accesos de nuevos competidores al mercado pertinente.” La Ley tipifica la ilegalidad de la conducta monopolística, más no la estructura monopolística, al declarar que no infringe la ley el monopolio que ha llegado a tal posición sin violar la ley. Este principio es consistente con la nueva interpretación del viejo paradigma de estructura-conducta-desempeño (ECD). El enfoque tradicional de ECD provee herramientas importantes para el análisis industrial

y en su versión original establecía una relación de causalidad lineal: la estructura del mercado (concentración) influye en la conducta de las empresas en la industria (por ejemplo, colusión), y tanto la estructura como la conducta influyen en el desempeño de las empresa (utilidades). Este enfoque presenta limitaciones de aplicación a casos específicos, ya que se pueden encontrar casos en que la conducta puede tener efecto sobre la estructura; por ejemplo, en el desarrollo exitoso de estrategias de captura de participación de mercados. La Ley 29 considera violatorias, ciertas conductas; pero no la estructura monopolística de una mercado “per se.” La ley panameña no detalla los casos específicos en que se determinan ciertos hechos como restricciones o discriminaciones. Éstos quedan sujetos al criterio de la regla de la razón y deben ser demostrados ante los tribunales pertinentes.

La Ley de Competencia establece dos tipos bien definidos de conductas ilegales contra la competencia: prácticas monopolísticas absolutas y prácticas monopolísticas relativas. Son prácticas monopolísticas absolutas, de acuerdo con el texto de la Ley 29, cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores entre sí, cuyos objetos o efectos se califican entre los siguientes:

- Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- Acordar la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar sólo una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios.
- Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes y servicios,

mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables.

- Establecer, concertar o coordinar posiciones o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas.
- Las prácticas monopolísticas absolutas tienen en sí mismas carácter ilícito sin consideración de sus posibles efectos económicos negativos. No servirá como defensa la circunstancia de que una práctica de este tipo no haya ocasionado efectos negativos a un competidor o a posibles competidores, o a los consumidores.

Por otra parte, se considera que son prácticas monopolísticas relativas aquéllas susceptibles de afectar negativamente los intereses de los consumidores (no se mencionan los efectos sobre la oferta del mercado). Se listan los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyos objetos o efectos sean desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los casos siguientes:

- a) Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, distribución o asignación de clientes o proveedores, así como la imposición de la obligación de no producir o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado o determinable.
- b) La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios.

- c) La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.
- d) La venta de transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.
- e) La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a determinadas personas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, salvo que medie incumplimiento por parte del cliente o potencial cliente, de obligaciones contractuales con el agente económico, o que el historial comercial de dicho cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas.
- f) La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlos a actuar en un sentido determinado.
- g) Cualquier acto predatorio realizado unilateralmente o concertadamente por un agente económico, tendiente a causar daños y perjuicios o a sacar del mercado pertinente a un competidor, o a prevenir que un potencial competidor entre a dicho mercado, cuando de tal acto no puede esperarse razonablemente la obtención o incremento de ganancias, sino por la expectativa de que el competidor o potencial competidor abandone la competencia o salga del mercado, dejando al agente con un poder sustancial o con una posición monopolística sobre el mercado pertinente.

- h) En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios.

Las prácticas monopolísticas relativas resultan punibles si son el resultado del poder sustancial en el mercado pertinente.

El ámbito de competencia y los ámbitos de exclusión de la Ley de Competencia establecen explícitamente que la aplicación de las políticas de competencia cubre a todos los agentes económicos, personas naturales o jurídicas, salvo las que la constitución y las leyes reserven con exclusividad al Estado. La Clicac<sup>248</sup> tiene la característica de ser un ente investigador que no “crea estado”, es decir, no produce una jurisprudencia sino que sólo informa si existe una práctica contraria a la competencia y puede tomar la opción de concurrir a los tribunales a exponer el caso.

El Ente Regulador de los Servicios Públicos tiene la capacidad de resolver por la vía administrativa los temas de fijación de tarifas. La Superintendencia de Bancos puede aprobar o desaprobar fusiones o adquisiciones bancarias por razón de excesiva concentración. La Clicac puede, sin embargo, impugnar las concentraciones o emitir concepto favorable (verificación previa) según los artículos 20 y 26 de la Ley 29.

La Ley de Competencia Panameña no sólo permite sino que autoriza a la Clicac a someter a las transacciones de fusiones bancarias al análisis de concentración y su efecto sobre la competencia. En Panamá existen varias disposiciones legales que regulan la competencia en sectores de infraestructura:

- La Ley 26 de 1996, que define las atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSP), la cual tuvo

<sup>248</sup> Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

como origen la privatización de las telecomunicaciones y los mercados de generación y distribución eléctrica.

- La Ley 6 de 1997, que se refiere específicamente al régimen que gobierna al mercado de electricidad.
- El Decreto Ley 2 de 1997, que dicta el marco regulatorio para los mercados de agua potable y alcantarillado.

Existe una superposición de atribuciones entre la Ley 29 que creó la Clicac y la Ley 26 de los entes reguladores, ambas del mismo año. No obstante, se desprende con claridad de la normativa y del espíritu de la Ley, que el ERSP<sup>249</sup> tiene a su cargo el control de las normas sobre oferta de servicios, el mantenimiento de estándares de calidad y de prácticas monopolísticas propiamente dichas, la Ley 29 otorga a la Clicac la responsabilidad de investigar y proceder si ello ocurriere.

Las concentraciones en las actividades reguladas por el ERSP son especialmente importantes en el mercado eléctrico, puesto que los costos de entrada y las elevadas escalas mínimas de producción en generación, pero especialmente en distribución, tienden a crear monopolios naturales y tendencias a fusiones verticales con efectos negativos potenciales en la competencia. La existencia de un monopolio natural no significa que la actividad deba ser regulada, ya que pueden existir productos sustitutos, tecnologías eficientes de baja escala, o inclusive deseconomías de escala por razón de dispersión.<sup>250</sup>

Las sanciones se regulan en el artículo 112 de la Ley 29 establece las sanciones pecuniarias por infracciones a lo estipulado en sus disposiciones. En el caso de prácticas monopolísticas absolutas se aplica una sanción de 100,000 balboas

<sup>249</sup> ERSP: Ente Regulador de los Servicios Públicos.

<sup>250</sup> Caso de las aguas Madrid-Aris, Manuel E. (1998), Privatización y regulación de empresas sanitarias: teorías, evidencia empírica e implicaciones para Chile, Quinta Jornada Hidráulica, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

(un balboa equivale a un dólar estadounidense). En caso de prácticas monopolísticas relativas prohibidas, se contemplan multas de 5,000 a 50,000 balboas. En casos de prácticas de comercio que atenten contra las disposiciones de protección al consumidor, las multas van de 100 a 10,000 balboas. Cuando no exista sanción específica para las infracciones, las multas oscilan entre 50 y 5,000 balboas.

En todos los casos en que se infrinjan las prohibiciones sobre actos anticompetitivos, los tribunales especializados de comercio, mediante acción civil interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de éste o los afectados condena al agente económico, equivalente a tres veces el monto de los daños y perjuicios causados como resultado del acto ilícito, además de las costas que se hayan ocasionado.

No obstante, el tribunal que conozca de la causa correspondiente podrá limitar el monto de la condena al importe de los daños y perjuicios provocados, o reducirlo a dos veces el importe de tales daños o perjuicios, en ambos casos con la condena en costas, cuando compruebe que el agente económico condenado ha actuado sin mala fe o sin intención de causar daño.

La Clicac es una entidad autónoma del Estado. Las decisiones son tomadas por tres comisionados, los cuales son nombrados por el órgano Ejecutivo y ratificadas por la Asamblea Legislativa (denominada Asamblea Nacional de Diputados con posterioridad a la reforma constitucional de 2005) por medio de voto mayoritario por un período de cinco años. Los comisionados, de mutuo acuerdo, eligen al presidente de la Comisión por un período de un año. A la entrada de vigencia de la Ley, los comisionados fueron nombrados por períodos escalonados de dos, cuatro y seis años. Para ser comisionado de la Clicac, se requiere ser panameño, universitario, con al menos cinco años de experiencia profesional y no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio público.

La remoción de los comisionados puede darse por: quiebra personal, condena por delitos contra el patrimonio, la fe pública o la administración pública, o negligencia reiterada en el desempeño de las funciones. Los comisionados de la Clicac no pertenecen a ninguna directiva o comisión formada por otros miembros del Poder Ejecutivo. De igual forma, ningún representante del Gobierno ni del Poder Legislativo participa en las decisiones de la Clicac. En ese sentido, la Comisión es un ente verdaderamente independiente y autónomo. Los ingresos de la Clicac provienen del presupuesto nacional, el cual clasifica a la institución como una de las 24 entidades autónomas del Estado panameño, cuyos ingresos provienen fundamentalmente de transferencias presupuestarias.

Uno de los avances más importantes en la legislación de competencia en Panamá, a raíz de la Ley 29, fue la introducción del concepto de “proceso colectivo de clase” (“class action”)<sup>251</sup>, ajeno a la tradición legal de Panamá, aunque muy común en la sajona.

La Acción de Clase está incorporada en el Capítulo IV de la Ley 29, el cual contiene un único artículo, el 172. Su ámbito es el de protección al consumidor. La legislación del país ya incluía algunos elementos de la jurisprudencia sajona, como el fideicomiso y la Ley de Sociedades Anónimas.

La acción de clase se rige, en resumen, por los siguientes principios:

La demanda puede ser presentada por uno a más miembros de la clase cuando las reclamaciones individuales resultaren ilusorias y costosas; cuando el grupo fuere tan numeroso que la acumulación de todos los miembros resultare impracticable; si existieren cuestiones de hecho o de derecho común al grupo; si las pretensiones de los repre-

<sup>251</sup> Ley n.º 29, Capítulo IV, Art.172. El Proceso Colectivo de Clases.

sentantes fueren típicas de las reclamaciones de la clase; y si las reclamaciones, de tratarse separadamente, fueren susceptibles de sentencias incongruentes y divergentes. La demanda debe acompañarse de prueba indiciaria del daño alegado.

El tribunal, si acogiese la demanda, tiene cinco días para publicarla, y diez días posteriores para que los demandantes de la clase comparezcan a participar en el proceso. Inmediatamente se procede a notificar la demanda.

Seis días después de la notificación de la demanda, el juez, de oficio, o a petición de parte, podrá rechazar la demanda. Esta decisión será, a su vez, notificada a las partes, quienes pueden apelar ante el Tribunal Superior.

La sentencia afecta a todos los demandantes del grupo. Aun quienes no hubieren participado directamente en la demanda, pero que sean parte del grupo favorecido, pueden formular sus reclamaciones en la fase de reclamación, tal como lo establece el Código Judicial en sus artículos 983, 984 y 985, los cuales se refieren al tema de indicios en las casos civiles.

En la etapa de ejecución, la parte condenada podrá invocar, frente a las personas que se hubiesen adherido al proceso y dentro de los cinco días antes de la audiencia o posteriormente, excepciones entre las que se cuentan: compensación, prescripción, cosa juzgada, que los daños fueron ocasionados por causa ajena, o que el adherente conocía y se allanó al defecto del producto.

Este concepto ha sido utilizado en una sola ocasión como resultado de la investigación de la Clicac, originada por la queja de los consumidores de tiempo aire celular y de larga distancia internacional, sobre la promoción ofrecida por la empresa Cable & Wireless, operadora de una de las dos bandas de telefonía

celular (la otra banda había sido operada por Bellsouth, hasta su venta a fines de 2004 a Telefónica de España). Además, la empresa opera, aunque sin exclusividad, el sistema de telefonía fija para llamadas locales y de larga distancia nacional e internacional.

La Clicac acudió a los tribunales en el año 2004 para solicitar la autorización con el fin de investigar si había o no coincidencia entre la promoción de la empresa telefónica en los medios de publicidad (en el sentido de que se otorgaban tres minutos de tiempo aire en el sistema de prepago en larga distancia internacional por cada minuto de compra efectiva), y la realidad. La Clicac tuvo acceso a la base de datos de los clientes y a los algoritmos de cálculo, mediante inspección de los sistemas internos de información, lo cual le permitió concluir que la promoción se acercaba más a dos-por-uno que al tres-por-uno anunciado. Para llegar a esta conclusión, la Clicac obtuvo una muestra del universo de clientes favorecidos y realizó los cálculos correspondientes. La empresa Cable & Wireless fue sancionada con la multa máxima de 10,000 balboas, y previo el reconocimiento de la falta por parte de la empresa, se le obligó a compensar a los clientes que habían sido perjudicados.

Han existido otros intentos de iniciar acciones de clase por parte de grupos organizados de consumidores; por ejemplo, en el mercado de tanques de gas licuado de 25 libras. Sin embargo, la Clicac no ha acogido ésta ni otras demandas, por la dificultad de los demandantes de identificar claramente la clase correspondiente, uno de los mayores obstáculos en este tipo de casos.

La nueva Constitución de Panamá, resultado de modificaciones aprobadas a fines del 2004 como una de las primeras medidas de política del Gobierno, le otorga más facultades a la Clicac en materia de protección al consumidor y en particular, al elevar al rango constitucional, la figura de la acción de clase.

El párrafo pertinente del nuevo artículo 290 de la Constitución establece:

“Habrà acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras. La Ley regulará esta materia.”

El marco legal para el análisis de las concentraciones económicas se basa en los artículos 6, 7, 8, 16, 17, 19, 20, 24 25 y 26 de la Ley que creó la Clicac. El artículo 20 establece el concepto de verificación previa voluntaria. El objetivo del control de concentraciones es evitar que el adquirente fije precios o restrinja la oferta sin que la competencia pueda contrarrestar esta acción; o que pueda impedir a la competencia potencial el acceso al mercado o desplazar a la competencia actual; o inducir prácticas monopolísticas prohibidas. Los agentes económicos tienen el derecho de demostrar que su conducta no produce los efectos señalados.

Los dos conceptos centrales para calificar una acción como concentración son la adquisición de control y la agrupación. El control se refiere a los derechos, contratos u otros medios que confieren la posibilidad de ejercer actos tales como: uso de activos, influencia sobre decisiones de los órganos de la empresa o composición de dichos órganos. El control ocurre cuando se tiene mayoría del capital social o derecho de veto efectivo. Una agrupación se refiere a un agente económico que controla a un grupo de personas jurídicas.<sup>252</sup>

La Clicac publicó en 2001 una “Guía para el control de las concentraciones económicas”, que expande y hace operativos los principios emanados del artículo 19 de la Ley 29 de 1996. Según la Ley de Competencia de Panamá, la eficiencia económica es el criterio fundamental de decisión sobre concen-

<sup>252</sup> Ley n.º 29 de 1996, Título I, Capítulo II, Art.10.

traciones. La Guía parte de la base de que toda fusión o adquisición tiene dos efectos potenciales: el negativo, que ocurre como resultado del poder de mercado que puede surgir de la operación; y el positivo, que ocurre como consecuencia de economías de escala, economías de ámbito o la reducción en los costos de transacción. La Clicac aprobaría la concentración si existen pocas probabilidades de que ésta cause un resultado neto negativo.

La Guía se refiere fundamentalmente a las concentraciones horizontales más que a las verticales o a los conglomerados. La metodología toma en cuenta los siguientes temas:

- I. Mercados pertinentes basados en tipos de productos y áreas geográficas.
- II. Participantes en el mercado pertinente, que incluye participantes que fácilmente pueden acceder a este mercado (impugnabilidad).
- III. Estimación del grado de concentración mediante índices como el Herfindahl- Hirschman o el Índice de Dominancia.
- IV. Siguiendo los lineamientos generales de Porter, posibilidad de entrada al mercado por parte de la competencia potencial tomando en cuenta costos hundidos y exceso de capacidad, limitaciones a la compra de insumos, barreras legales a la entrada, rivalidad de empresas existentes, entre otros temas.

Con posterioridad a que se examinen las presunciones de que una concentración podría redundar en prácticas ilícitas (artículo 24), se procede a determinar si ésta puede conducir a beneficios que no se aportarían al mercado por ningún otro medio diferente de la concentración y que serían suficientes como para aprobarla. Entre estos beneficios se cuentan las mejoras en la distribución o en la producción o en el consumo, que no podrían ser alcanzados durante los siguientes dos años

por otra vía diferente a la concentración. La Clicac balancea los efectos positivos o beneficios mencionados, con los posibles costos para tomar la decisión sobre la concentración analizada (Correa, 1998).<sup>253</sup> Si una concentración es impugnada, el trato no puede proceder. Si la concentración es aprobada y ex post, se determina que dicha fusión deterioró la competencia, se procede de acuerdo con el mandato de la ley, ya sea porque esta violación fuera por prácticas absolutas o relativas. La Guía de Concentraciones es un documento indicativo y no es parte del cuerpo de la Ley.

Esta restricción se puede convertir en una limitante en la práctica, puesto que tanto los acuerdos suscritos por Panamá con la OMC, como los posibles tratados bilaterales con Estados Unidos u otros países, tienden a establecer techos arancelarios inferiores a este 40% señalado en la Ley. El único caso de controles de precios originados en el Órgano Ejecutivo, y ejecutado por la Clicac, que se ha producido es el tanque de gas de 25 libras en la provincia de Bocas del Toro, una de las regiones más pobres del país.

Más recientemente, el incremento en los precios internacionales del petróleo ha vuelto a poner en el debate nacional el tema de controles de precios. El Gobierno de Torrijos, hasta el presente, no ha optado por una política directa de controles de precios, pese a algunas voces de consumidores organizados.

### **Relación entre autoridades de competencia y de regulación**

Entre las autoridades de competencia y la regulación de los problemas operativos identificados por aquéllas, ha habido falta de coordinación entre la Clicac y otras agencias del Estado. El Ente Regulador de los Servicios Públicos fue creado en 1996,

<sup>253</sup> CORREA, P., 199, "The Role of Merger Guidelines in the Enforcement of Antitrust": *The Anheuser-Bush Antitrust Case*, Clicac.

y funciona de manera colegiada (con tres directores) y cubre cuatro áreas separadas: agua potable y alcantarillado, telecomunicaciones, electricidad, y radio y televisión. Las principales funciones y responsabilidades de esta entidad reguladora son las siguientes:

- I. Otorgar las concesiones, licencias y autorizaciones de los servicios públicos que regula.
- II. Verificación del cumplimiento de los niveles de calidad de los públicos.
- III. Promoción de la competencia en los servicios públicos.
- IV. Aprobación del régimen tarifario de los servicios públicos.
- V. Reglamentación de los derechos y deberes de los usuarios de los servicios públicos.
- VI. Aplicar sanciones a los prestadores de los servicios públicos que no cumplan con las normas vigentes en materia de los servicios públicos.
- VII. Procesar los reclamos y denuncias presentados por usuarios, prestadores de servicios y otros.
- VIII. Efectuar encuestas de opinión a los usuarios sobre la calidad de los servicios públicos.
- IX. En general, ejercer vigilancia sobre el funcionamiento de los servicios públicos con las normas legales vigentes.

La promoción de la competencia, aunque establecida en los objetivos del ente, es compleja, ya que, por ejemplo, la distribución de energía eléctrica fue entregada por ley a dos monopolios, cada uno con ámbito geográfico propio; y el servicio de agua potable permanece como un monopolio estatal. Los mayores avances del ERSP en materia de competencia se han dado en el área de telecomunicaciones, principalmente en el tema de interconexión al sistema de fibra óptica.

No sucede lo mismo con la ley bancaria, la cual no establece explícitamente el ámbito de acción de la Superintendencia

de Bancos sobre efectos competitivos de las fusiones o adquisiciones y, sin embargo, es esta institución y no la Clicac la que juzga sobre los efectos de estas prácticas, aunque la Clicac se ha manifestado ex officio con respecto a fusiones bancarias o adquisiciones de cartera entre dos bancos. La Clicac ha emitido los conceptos sobre competencia en la banca, en forma de memorandos dirigidos a la Superintendencia de Bancos, en los cuales se ha calculado el efecto de fusiones horizontales sobre la concentración en materia de créditos y depósitos. En Panamá existen más de 30 bancos nacionales y extranjeros que operan en el centro local, y los cuatro bancos más grandes del sistema aportaron en 2004 el 43% del total de activos y el 50% de créditos internos. Pese a cuatro fusiones recientes entre bancos medianos y grandes, la competencia permanece vigorosa y la integración financiera internacional de todo el sistema sigue siendo la nota fundamental de la actividad bancaria en Panamá.

En el área de seguros, cooperativas y empresas financieras, aunque no aparece establecido de manera explícita, la Clicac tiene el mandato para verificar los temas de competencia (barreras a la entrada, restricciones y discriminaciones) y el impacto esperado de fusiones sobre las condiciones de competencia. Hasta el momento no ha habido casos de pronunciamientos en materia de seguros.

Las ventajas de la institucionalidad de protección de la competencia se pueden explicar como sigue:

- I. Por primera vez en la historia económica del país se ha desarrollado el concepto de libre competencia como objetivo de política pública. Hasta la sanción de la Ley 29, sólo se había contemplado de manera explícita la protección al consumidor, pero fundamentalmente mediante el control de precios. En la actualidad, el tema ha sido elevado al rango constitucional.

- II. El hecho de que la Clicac sea una agencia independiente del Estado y que deba concurrir a los tribunales a defender sus casos, ha dado una clara señal de independencia con respecto tanto al Gobierno como al debido proceso. El ERSP, también independiente, ha estado más vinculado con la discusión pública acerca de si esta independencia es beneficiosa o no para los ciudadanos. Éste ha sido el caso reciente del debate sobre por qué el Gobierno no ha “obligado” al ERSP a actuar sobre las tarifas de energía eléctrica. No ha sucedido así con la Clicac, la cual, aun en el caso de aumentos de precios de algunos bienes de consumo popular, no se le relaciona con el Gobierno, sino que se le considera autónoma. No obstante, a raíz del período de mayores niveles de precios —como los ocurridos desde febrero de 2005 por efecto, entre otras cosas, del alza del petróleo—, esta separación Gobierno-Clicac empieza a perder claridad.
- III. La agencia de competencia es nueva. Le ha tomado algún tiempo llegar a la actual etapa de maduración que le permite, por ejemplo, reflexionar sobre la normativa legal vigente y proponer cambios en la Ley, que sean más aplicables a la experiencia reciente del país. Asimismo, el personal profesional ha tenido más experiencia y desarrollo teórico, el cual ha ganado más por seminarios especializados que por medio de las aulas de clase.
- IV. La información de precios que periódicamente publica la Clicac en los diarios de circulación nacional ha sido bien recibida por los consumidores. El objetivo de quebrar las asimetrías de información ha tenido éxito relativo, pues, por ejemplo, la dispersión de precios en la canasta básica en áreas de bajos ingresos se ha reducido de manera sustancial de acuerdo con datos de la Clicac.

- V. La experiencia de los analistas de empresas permite afirmar que el efecto de la Clicac se ha hecho sentir más por lo que no ha ocurrido en materia de estrategia empresarial, que por los casos que se han presentado a los tribunales. Hoy día, con la creación de la Clicac, los asesores empresariales y abogados corporativos evitan desarrollar estrategias que pudieran ser reputadas como anticompetitivas, a pesar de la poca efectividad de la Clicac en lograr fallos favorables y a las bajas multas. Sin embargo, el costo de los servicios legales y el largo proceso que distrae a la administración de la empresa, de otros menesteres, resultan un freno a muchas acciones ilegales. El tiempo prolongado de los procesos ocurre a raíz de ineficiencias operativas y exceso de burocracia en la Clicac, de la poca solidez de muchas investigaciones, de las diferencias en la calidad de las presentaciones ante los tribunales, entre los técnicos de la agencia y los abogados y peritos de la contraparte. Por supuesto, la principal demora en el finiquito de los casos es responsabilidad del órgano jurisdiccional, cuya ineficacia en Panamá es conocida no sólo en los casos de comercio, sino en general.

### **Los problemas de la institucionalidad de protección de la competencia**

- I. La identificación de la Clicac con la defensa del consumidor en relación con precios y medidas, más que con el bienestar económico derivado de la competencia, ha puesto a la Comisión en el tapete de la opinión pública, más en la resolución de casos muy especiales de aumentos en precios que en temas de mayor importancia económica, como han sido los casos de prácticas monopolísticas relativas y absolutas.

- II. La educación económica del país es baja y el conocimiento de cómo opera una economía de mercado es escaso para la gran mayoría de la población. Los consumidores aún perciben la tarea principal de la Clicac exclusivamente como la de un policía de precios, vigilante de pesos y medidas y protector del consumidor; mientras que el aspecto de competencia se percibe por parte del sector empresarial como un obstáculo para el desarrollo de una estrategia corporativa agresiva. Esta dicotomía permanecerá en los próximos años hasta que los beneficios de las leyes de competencia se manifiesten en fallos de los tribunales que aporten en bienestar a los consumidores.
- III. Un problema fundamental de la institucionalidad de la Clicac es la compleja relación de la institución con otras oficinas del Estado. Por ejemplo, en el pasado algunas objeciones de la Clicac con respecto a restricciones al comercio internacional se ignoraron por la presión de los agentes locales sobre los ministerios vinculados con la producción, como el de agricultura y el de comercio.

Ante las conductas anticompetitivas la organización judicial para los casos de competencia se fortaleció con la autorización para la fundación de tres juzgados de circuito del ramo de lo civil —los llamados Juzgados Octavo, Noveno y Décimo, del Primer Circuito Judicial de Panamá, y un juzgado de circuito, en Colón. No obstante, hasta la fecha sólo se han creado dos juzgados de circuito y un juzgado municipal, todos en la provincia de Panamá.

Además, se estableció un juzgado de circuito del ramo civil en las provincias de Coclé, Chiriquí y Los Santos, que se denominan Juzgado Segundo de Coclé, Juzgado Cuarto de Chiriquí y Juzgado Segundo de Los Santos, respectivamente, para conocer de estas causas en sus distritos judiciales con las

mismas funciones que el resto de los juzgados de comercio. Estos juzgados se expiden exclusivamente sobre las causas siguientes:

- a) Las controversias relacionadas con la propiedad intelectual, que incluye, entre otras, las relativas a derechos de autor y derechos conexos, marcas de productos o de servicios y patentes.
  - b) Las controversias relativas a los actos de competencia desleal.
  - c) Las autorizaciones a la Comisión para que practique diligencias probatorias, exámenes de documentos privados de empresas, allanamientos y cualquier otra medida que ésta solicite en el curso de una investigación administrativa o para el aseguramiento de pruebas.
- I. Tribunal de apelación. Se creó el Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, integrado por tres magistrados. En este tribunal se presentan las apelaciones en contra de las sentencias o autos dictados en primera instancia por los juzgados de circuito.
  - II. Juzgados municipales. Se establecen mediante la ley dos juzgados municipales en la Ciudad de Panamá y uno en la ciudad de Colón, que actuarán, privativa y exclusivamente, en las demandas cuya cuantía no exceda a 3,000 balboas de parte del consumidor; pero solamente se ha creado uno en la provincia de Panamá.
  - III. Reglas procesales. Los procesos a que se refiere el artículo 141, salvo procedimiento especial, están sujetos a las siguientes reglas:
    - 1) El procedimiento será oral.
    - 2) El término para el traslado de la demanda es de 10 días.

- 3) El recurso de apelación se tramitará de acuerdo con la Sección 8.<sup>a</sup> del Capítulo I, Título XII, Libro II del Código Judicial.

La experiencia de la Clicac y de los dirimientes es aún muy escasa como para detectar una línea de conducta bien determinada con relación a los veredictos. De acuerdo con los casos que se analizarán en la sección siguiente, los resultados hasta el momento no han estado sesgados hacia una mayor o menor concentración. Se debe partir de la base de que los jueces están en proceso de aprendizaje en el trabajo y que sus carreras previas no siempre han sido en los juzgados de Comercio.

Con respecto a los procesos propiamente dichos, la Clicac interpone una demanda, ya sea por denuncia de terceras partes o “ex officio” en un proceso oral y sumario. Esta demanda llega al juzgado de comercio respectivo, el cual fija la audiencia preliminar. Posteriormente se establece la audiencia de fondo para la práctica de pruebas orales, las cuales han podido incluir el descubrimiento de información de cualquiera de las partes. En esta etapa del proceso se requiere de alegatos escritos. Una vez que el juez falla, las partes pueden apelar ante el Tercer Tribunal Superior. En caso de indemnizaciones superiores a 750,000 balboas, los afectados pueden recurrir a casación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Si las indemnizaciones son inferiores, no existe apelación posible. En realidad, como la Clicac no pide indemnizaciones, el proceso de apelaciones está abierto a las partes.

La norma procesal para los casos de competencia está, en principio, diseñada a imagen de la norma procesal del derecho marítimo, caracterizada por la agilidad de los trámites y un código de ética dirigido a evitar demoras innecesarias en la solución de los casos. Desafortunadamente, la demora en los trámites y las diversas apelaciones prolongan excesivamente la decisión final

hasta el punto de que a la fecha no se han resuelto casos de manera definitiva. Desde 1998, año del inicio de los negocios en los juzgados especializados de comercio, hasta 2002, último año para el cual se dispone de datos oficiales al respecto, se habían recibido 2,511 casos. De éstos, 93% correspondía a juicios sobre derechos de propiedad intelectual y marcas, y sólo 14 a prácticas monopolísticas. En los últimos años el número de casos ha aumentado, pese a que aún no se puede considerar la tarea fundamental de los juzgados de Comercio.

### **Análisis de casos en materia de competencia en Panamá**

Se resumen algunos de los casos más recientes de presuntas violaciones a la Ley de Competencia de Panamá. En esta lista aparecen casos de demandas realizadas tanto por prácticas monopolísticas absolutas como por prácticas monopolísticas relativas, de acuerdo con las definiciones previamente presentadas en este trabajo.

Existen casos de práctica monopolísticas absolutas, estas prácticas se detallan en el artículo 11 de la Ley 29. Como se mencionó, ellas son punibles con independencia de sus efectos económicos negativos, presumiblemente hacia los consumidores y en contra de la libre competencia. Los casos pueden estar en demanda, fallados o en proceso de investigación.

- a) Caso 1: Controles de Inversión Publicitaria, S.A. (CIP) contra varias agencias de publicidad de manera individual y contra la asociación de agencias.

Aproximadamente unos doce años atrás, la empresa Controles de Inversión Publicitaria (CIP) creó un servicio paralelo, aunque ampliado, del que venía haciendo el Instituto Panameño de Rehabilitación Especial para monitoreo de anuncios en la radio, y Armando Díaz para televisión. Cada agencia de manera individual contrató a la empresa CIP.

A raíz de la crisis publicitaria de 1999, algunas agencias de manera individual suspendieron el servicio y CIP aumentó las tarifas a las restantes agencias. Como éstas alegaron no poder pagar la nueva tarifa, abrieron un concurso para la provisión de estos servicios, el cual fue ganado por la empresa Ibope de Brasil, concurso en el cual también participó CIP, pero perdió. La Asociación Panameña de Agencias de Publicidad (APAP) dejó la negociación de costos a las agencias individuales; pero CIP alegó que la contratación había sido hecha de forma colectiva y acusó de prácticas monopolísticas absolutas tanto a la APAP como a las agencias individuales. La Clicac entró a investigar este caso a raíz de la demanda interpuesta por CIP. La Clicac y la APAP llegaron a un acuerdo que consistió en que la Clicac retiraba la demanda, a cambio de que la APAP se sometiera a un monitoreo sobre conducta competitiva. La transacción se presentó al Tribunal de Primera Instancia, el cual la negó, pero el tribunal Superior la aprobó con una modificación que le quitaba a la Clicac la capacidad de negociar con la APAP. Contra esta decisión del Tribunal Superior, la Clicac presentó a la Corte Suprema de Justicia un amparo de garantías constitucionales, el cual está por definirse.

En realidad, el caso es extraño porque la Clicac acusó a las agencias de haber actuado de manera colectiva al escoger el nuevo prestador de servicios, pese a que dicho prestador había sido el vendedor único de dicho servicio en el pasado. El hecho de que un monopsonista (CIP) acusara a un gremio de ser monopolista, especialmente cuando la contratación de las tarifas iba a quedar en manos de cada agencia, no parecía tener muchas perspectivas en los tribunales.

La organización del mercado de publicidad es la siguiente: La APAP agrupa al 50% de las agencias de publicidad del país, y existe como única entidad gremial desde 1958. Todas las agencias facturan alrededor de 100 millones de dólares al año

(estimado al 2004). Los anunciantes directos –que no contratan por medio de agencias– facturan un monto similar.

El mercado pertinente en este caso es el mercado de servicio de monitoreo de inversión publicitaria. En aquel momento, en dicho mercado sólo CIP ofrecía este tipo de servicio, pero al entrar Ibope al concurso, que previamente sólo ofrecía servicios de rating, la empresa Controles de Inversión Publicitaria desapareció por completo del mercado. Más adelante se presenta el caso CIP contra Ibope, que se deriva del caso APAP.

b) Caso 2: Demanda de la Clicac contra cuatro mataderos de reses.

Se trata de una demanda por prácticas monopolísticas absolutas de cuatro mataderos integrados verticalmente en la cadena de comercialización (Productos Sonaños, S.A., Macello, S.A., Servicios de Carnes de Panamá, S.A. y Carnes de Coclé, S.A.) por realizar un arreglo para concertar el precio sugerido de venta al público de siete cortes de carnes y contra dos supermercados de la localidad (Ricamar, S.A. o Súper 99 y Casa de la Carne) por realizar un acuerdo de fijación de precios en seis cortes de carne de res.

Las empresas investigadas fueron tres supermercados en el ámbito de ventas al por menor de víveres y similares, y cinco mataderos de reses. En este caso, la Clicac apeló al concepto de control económico explicado anteriormente. Una investigación sobre la propiedad y el control de las empresas detectó con claridad que las cadenas de supermercados tenían control efectivo sobre las decisiones de los mataderos.

De ahí se procedió a determinar si los mataderos habían realizado una concertación para determinar en conjunto el precio de venta de seis cortes de carne al público y si esa concertación se materializó en el comportamiento de los super-

mercados relacionados con estos mataderos, supermercados que en su conjunto controlaban alrededor del 60% del mercado minorista de expendio de víveres en Panamá.

La Clicac concluyó que la cadena de comercialización de carne de res estaba integrada verticalmente por los mataderos y los supermercados grandes del país, ya que existía propiedad común entre ellos. Ricardo Martinelli, dueño de Súper 99, tenía intereses accionarios importantes en Matadero de Soná, por ejemplo. Además, la presunta concertación fue ratificada por la acción de cuatro mataderos (de los cinco demandados) de publicar un comunicado conjunto en que demostraban el conocimiento común de la política de precios frente a ataques de las autoridades de Panamá con respecto a los precios de la carne. En ese comunicado del 26 de octubre de 1999 los representantes legales de los mataderos escribieron que "... podemos probar con cheques y facturas... que les estamos pagando 53 centavos... a los ganaderos." El argumento de los mataderos sostenía que el precio al productor era 27% más elevado que el pagado en otros países de la región (Colombia, Nicaragua, Costa Rica, Uruguay y Argentina), pero que el precio al consumidor era sólo 17% más alto. En otro comunicado de prensa, del 28 de noviembre de 1999, el mismo grupo presentó a la opinión pública su posición sobre precios de la carne, en la que destacaban la uniformidad del precio de la carne en todos los mataderos.

La evidencia de colusión para fijar precios fue ratificada en las investigaciones de la Clicac por otro comunicado de la Asociación Nacional de Mataderos, que presentaba una banda de precios sugeridos al consumidor para los siguientes cortes: lomo redondo, babilla, palomilla, pulpa negra, rincón, pulpa blanca y bistec de cinta, tanto para machos para vacas gordas y para vacas de descarte, o sea, un total de 21 bandas de precios.

Las investigaciones realizadas en las oficinas de la Clicac por medio de declaraciones juradas a los agentes denunciados permitieron concluir que algunos de ellos habían realizado intercambio de información sobre precios y que se celebraban reuniones periódicas para determinar estrategias conjuntas.

Por último, la Clicac analizó los precios de seis cortes (se descartó la pulpa blanca porque no formaba parte de la canasta básica) y se concluyó en que los precios se movieron en esa banda en todos los supermercados que formaban parte del presunto acuerdo. Para lograr esta información, la Comisión realizó encuestas “in situ” a más del 90% de los 28 establecimientos del universo de supermercados sujetos a investigación, entre noviembre de 1999 y noviembre de 2000.

Aunque los precios de venta sugeridos por los agentes demandados no estaban fuera del rango de precios ofrecidos en el mercado pertinente (cortes de res), ni eran los más elevados, el arreglo para concertar el precio de venta fue considerado como una práctica monopolística absoluta. Por medio del acuerdo PC-094-02 del 22 de febrero de 2002, la Clicac decidió presentar a los tribunales la demanda por prácticas monopolísticas absolutas, debido a la fijación de precios de venta de cortes de carne, eliminando así la competencia.

Luego del período de práctica de pruebas y presentación de alegatos, se resolvió que los mataderos y los supermercados habían incurrido en una práctica monopolística absoluta, ilícita por fijar y concertar los precios de ciertos cortes de carnes de res.<sup>254</sup>

### **Casos de prácticas monopolísticas relativas**

#### **a) Caso 1: Clicac contra Telered.**

<sup>254</sup> Sentencia n.º 46 del 4 de junio de 2004, confirmada por la Corte Suprema de Justicia en febrero de 2005.

Telered es una firma propiedad de un grupo de bancos de la localidad, la cual maneja el sistema más grande de cajeros automáticos para transacciones bancarias en todo el país. Los bancos propietarios decidieron en el año 2003 limitar el acceso a los servicios de esos cajeros sólo a aquellos bancos que fueran accionistas de la empresa. Telered no posee el monopolio absoluto del mercado de cajeros automáticos, pero tiene un porcentaje elevado del mercado.

La práctica monopolística relativa ilícita aducida por el demandante se basa en el artículo 14, ordinal 5: “La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar, a determinadas personas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, salvo que medie incumplimiento por parte del cliente o potencial cliente, de obligaciones contractuales con el agente económico, o que el historial comercial de dicho cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas.” Se alega que, con la acción, la empresa Telered, la cual tiene un control considerable sobre la interconexión electrónica de redes de servicios financieros para la operación de transacciones de débito en la República de Panamá, fue demandada por el ejercicio indebido de su poder sustancial en el mercado, para desplazar e impedir el acceso a la red de interconexión para el servicio de adquisición en comercios para el pago con tarjetas de débito en punto de ventas.

El debate se circunscribirá posiblemente al cálculo de poder de mercado en el mercado pertinente. Con ese propósito, se deberá definir hasta qué punto las tarjetas de débito son parte de los medios de pago de un país. Si las tarjetas de débito son parte de los medios de pago del país, los cuales incluirían a las tarjetas de crédito y los cheques, el poder de Telered de establecer condiciones monopolísticas mediante aumentos de precios se reputaría como mínima en ese mercado y, por

ende, se debería de considerar que no puede ejercer poder de mercado.

El problema aparente surge de cambios contractuales entre los accionistas-directores de Telered y los bancos afiliados, los cuales el 31 de octubre de 2001 manifestaron a los bancos afiliados, pero no socios de Telered, que después de 90 días a partir de esa fecha no podían seguir ofreciendo los servicios de operaciones de débito con tarjetas clave para la interconexión necesaria para operar e instalar terminales POS que procesen transacciones clave, aunque sí podían seguir ofreciendo otros servicios como los de retiro de efectivo de cajeros automáticos, pago de cuentas de manera directa con débito a la cuenta de ahorros o corriente, y otros.

Esta demanda se basa en la presunta práctica monopolística relativa de parte de Telered, que tiene como base la decisión de la Junta Directiva de Telered de no autorizar a quienes no participan del capital de la empresa, es decir a quienes no son sus accionistas, a poder vender la marca comercial de Telered, llamada Clave, en los puntos de venta (POS) ubicados en casas comerciales de Panamá. Por ende, el mercado pertinente, de acuerdo con la Clicac, lo constituye en este caso el servicio de transacciones de tarjetas de débito en los puntos de venta o POS, en el cual Telered tendría un poder sustancial, y los efectos de la negación del trato del servicio en el mercado pertinente se pueden considerar como el desplazamiento de otros agentes que quieren participar en el mercado (artículos 14 y 15).

La organización de esta industria en Panamá es semejante a la de otros países. Un banco de la localidad que tiene dentro de su estrategia de operaciones activas el servicio de atención a clientes al por menor (“retail”, en el lenguaje bancario) busca su afiliación a una gama de “productos” financieros que sirvan a ese propósito. Entre éstos se cuentan la apertura de cuentas

corrientes y de ahorros, las transferencias internacionales, la emisión de tarjetas de crédito y de débito, entre otros.

Algunos de los productos son propios del banco: cuentas corrientes y de ahorros, plazos fijos, fondos de inversiones, por ejemplo. Otros productos tienen la característica de franquicias: fondos de inversiones internacionales, tarjetas de crédito y tarjetas de débito. Estos productos tienen el respaldo del banco propietario de la franquicia, pero el servicio propiamente dicho lo otorga la red internacional del propietario de la marca. Así, la tarjeta de crédito Visa es ofrecida por varios bancos de la localidad, pero con el nombre del banco como respaldo del producto. Los fondos de inversiones los maneja el banco local, pero pueden ser operados por bancos internacionales de inversión. Las tarjetas de débito fueron ofrecidas por dos agentes locales diferentes, con las marcas Clave y Pronto. Al igual que en el caso de las tarjetas de crédito, cada banco pone su nombre en la tarjeta de débito, pero la franquicia corresponde otorgarla al operador de la red de acuerdo con sus mejores criterios comerciales.

La afiliación de un banco o financiera, o cooperativa a la red de productos al consumidor no es obligatoria por parte de la empresa emisora, VISA o Mastercard, pues ésta desarrollará sus propios criterios para establecer la red de concesionarios que maximice sus objetivos empresariales. La investigación administrativa se llevó a cabo en 13 meses en los cuales se recabó múltiple información administrativa, económica, de sistemas y contable de la empresa Telered y de sus miembros afiliados mediante diligencias exhibitorias, testimonios y pruebas de informe, así como opiniones y argumentaciones de los investigados con respecto a la conducta anticompetitiva que se le atribuía, con lo cual se llegó a conclusiones legales con relación a la conducta que se investigaba. La Clicac evaluó toda la documentación recabada y concluyó que existía una conducta

que afectaba la libre competencia en el mercado pertinente, y por lo tanto procedió a la presentación de la demanda el 5 de diciembre de 2003. Actualmente el caso se encuentra en fase de práctica de pruebas.

b) Caso 2: Cervecería del Barú contra Cervecería Nacional.

Cuando el caso se inició, ambas empresas eran propiedad de panameños; en la actualidad, Cervecería del Barú es propiedad de Heineken y Florida Ice, mientras que Cervecería Nacional pertenece al Grupo Bavaria de Colombia, quienes heredaron esta multimillonaria demanda. Grupo Bavaria, controlado por el industrial colombiano Mario Julio Santo-domingo, había comprado en mayo de 2001 el 45% de Cervecería Leona, el segundo participante en el mercado interno de cervezas, lo cual le dio poder de mercado. El adquirente se comprometió a no ejercer ese poder por acuerdo con la agencia de competencias colombiana que aprobó la transacción. Grupo Bavaria era dueño de Cervezas Nacionales de Ecuador, a través del cual compró el total de las acciones de Cervecería Nacional de Panamá.

Cervecería Nacional tiene una participación de mercado de alrededor de 65%, con su marca líder Atlas (artículo 14, n.º 1, que se refiere a poder sustancial). La marca líder de Barú es Soberana. Un 3% del consumo nacional está representado por marcas importadas con un arancel del 10% al 15%, según el valor cif de la importación. El consumo de cerveza de Panamá es uno de los más elevados de la región, con 86 litros anuales por persona adulta.

El modelo de negocios en este mercado en el país incluye la contratación de venta exclusiva de un tipo de cerveza en ciertos expendios, los cuales incluso llevan el nombre del local en un cartel con el nombre de la cerveza favorecida. Estas exclusividades a menudo incluyen los refrescos gaseosos producidos por las cervecerías respectivas. Una fuente importante de

ingresos para las empresas cerveceras son los contratos con artistas de música típica panameña que amenizan bailes en sitios del interior y son parte de la cultura popular del país. Se puede apreciar en los anuncios de estos bailes y festivales, no sólo el nombre de los artistas, sino también el de la cerveza (o el licor) que patrocina.

Cervecería del Barú consideró que la empresa Cervecería Nacional y sus subsidiarias incurrieron en prácticas monopolísticas relativas al contratar con los puestos de venta préstamos de carácter monetario condicionados a la venta exclusiva de sus productos y de sus subsidiarias. De igual manera denunció a Cervecería Nacional por contratar la exclusividad de los artistas folclóricos en cuyas presentaciones sólo se pueden vender sus productos. El monto de la demanda fue de 41 millones de balboas.

Mediante el análisis de información proporcionada en testimonios y en diligencia exhibitoria, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (Clicac) interpuso formal demanda a Cervecería Nacional por la existencia de una restricción ilícita a la competencia en el mercado de producción y distribución para la comercialización de la cerveza, por limitación de la libertad empresarial de acceder al mercado pertinente (distribución y comercialización de cerveza). Tal restricción es producto de una acción unilateral de Cervecería Nacional con respecto al canal de distribución del producto cerveza consistente en establecer con los minoristas contratos de exclusividad a fin de no permitir que los productos de la competencia, especialmente las cervezas de origen nacional, fueran comercializados por dichos canales de distribución.

Más importante aún, cabe destacar que la Cervecería Nacional cuenta con un poder sustancial del mercado pertinente (65%), y sus presuntas acciones anticompetitivas involucran bienes o servicios de dicho mercado pertinente (artículo 15).

Al mismo tiempo, la Cervecería del Barú realiza las mismas prácticas de exclusividad con cantinas y artistas, sólo que dicha empresa no tiene un poder sustancial en el mercado pertinente (35%) y por ende no incurre en prácticas monopolísticas relativas, de acuerdo con la ley. Nótese la importancia de la definición de práctica relativa: la conducta no es posible si no tiene efectos potenciales demostrables para el consumidor. En este caso, ambas empresas realizaban las mismas conductas, pero la de poder dominante fue demandada, y la otra no.

Actualmente el caso se encuentra en la etapa de audiencia preliminar.

### **Casos de Prácticas absolutas y relativas**

- a) Caso 1: ADIGAS contra cinco empresas mayoristas petroleras.

El denunciante es ADIGAS, asociación que reúne a un grupo importante de operadores de estaciones de gasolina bajo contratos de concesión con las petroleras mayoristas, las cuales también operan algunas estaciones de servicio.

En el caso de prácticas monopolísticas relativas, la Clicac alega que en la actualidad existen cinco mercados pertinentes de expendio de combustible, uno por cada compañía petrolera. Se considera como práctica relativa, por la fijación del precio del combustible (incluye el transporte), a las estaciones con objeto o efecto de desplazar sus propios concesionarios para adquirir el control de la estación. Cada petrolera mantiene, por supuesto, un poder sustancial en su mercado pertinente y sus acciones se realizan directamente con relación al bien o al servicio ofrecido en dicho mercado. Si la definición de mercado pertinente se ampliase para considerar a todo el mercado de combustible, el poder de cada empresa petrolera sería muy pequeño.

En cuanto a las prácticas monopolísticas absolutas se alega que las petroleras fijaron los precios del transporte de combustible por galón a las diferentes regiones del país mediante un acuerdo horizontal implícito, ya que continúan utilizando una estructura de precios de transporte uniforme establecida en 1992 por la antigua Oficina de Regulación de Precios.

Después de averiguaciones realizadas por la Clicac, se decidió iniciar formalmente, mediante el Acuerdo 195-00 del 1 de diciembre de 2000, un procedimiento de investigación en contra de las empresas Petrolera Nacional, Petróleos Delta (ambas de capital nacional), The Shell Company Ltd., Texaco de Panamá y Esso Estandard Oil, por la presunta comisión de prácticas monopolísticas absolutas y de prácticas monopolísticas relativas.

Como consecuencia, el 5 de agosto de 2002 el pleno de los comisionados decidió interponer demanda ante los tribunales de justicia por prácticas monopolísticas absolutas, fundándose en una combinación de las firmas para la fijación de precios de transporte del combustible por parte de las distribuidoras, y por la acción unilateral por parte de las distribuidoras, consistente en la imposición de precios o demás condiciones que un minorista debe observar al revender bienes o prestar servicios (artículo 14, ordinal 2, de la Ley 29). La demanda fue presentada ante la Juez Novena de Circuito el 9 de agosto de 2002. La audiencia de fondo estaba programada para febrero de 2005, pero a la fecha de la investigación no había sentencia definitiva.

La Ley 29 de 1996, que crea la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (Clicac), cubre campos que van más allá de un solo tema especializado, al incluir elementos que afectan de una u otra forma a diversos actores de la sociedad. El Título II se ocupa de la protección al consumidor, un universo esencialmente interno del país; los Títulos III y IV desarrollan normas con relación al comercio desleal y a las

medidas de salvaguardia que hacen referencia a las relaciones comerciales entre empresas nacionales y extranjeras; y el Título I se refiere a las prácticas monopolísticas cuyo ámbito es básicamente el de las relaciones entre empresas que operan en el mercado local del país, sin importar su nacionalidad.

Además, esta ley dio origen a una estructura administrativa y legal que es parte integral de los fundamentos institucionales del país. A partir de los años noventa, el Estado panameño ha creado diferentes órganos de supervisión y regulación que forman parte de lo que se conoce como un Estado moderno: entes reguladores de los servicios públicos; entes supervisores de empresas bancarias y de seguros; entes que supervisan los mercados de capitales y los entes promotores de la competencia, entre otros.

En relación a la liberalización comercial y competencia, la responsabilidad de la Clicac de atender los casos de “dumping” y subvenciones, por una parte (comercio desleal), y de competencia, por otra, crea sin duda un dilema a la agencia. Mientras que los casos de “dumping” tienden a favorecer la protección en contra del libre comercio, las políticas de competencia buscan favorecerlo (el caso de subvenciones es más transparente y compatible con los principios de competencia). Por las razones ya explicadas los casos de competencia desleal deben ser llevados por la vía jurisdiccional, lo cual los hace poco expeditos. En el tema de concentraciones que puedan resultar de posibles amenazas de inversionistas extranjeros, como resultado de los tratados de libre comercio, la guía indicativa de concentraciones prevé que las fusiones puedan justificarse por razón de eficiencia productiva, pero en la medida en que los ahorros de las empresas se traspasen a los consumidores. Se puede desprender de este enfoque general que la concentración “per se” no es un atentado contra la libre competencia si dicha concentración es necesaria para competir internacionalmente.

### 3. Derecho de competencia en Guatemala

En Guatemala, la discusión sería sobre el tema de políticas de competencia se inició recientemente, pese a que distintos aspectos vinculados con el funcionamiento libre de los mercados están contemplados desde hace varias décadas dentro del ordenamiento jurídico del país. Así, el Código Penal (Decreto N° 17-73 y sus reformas), que data de la década de los años setenta, tipifica y sanciona con multas pecuniarias y con prisión una serie de prácticas dañinas a la competencia y al bienestar de los consumidores (artículos 340, 341 y 342).

La actual Constitución de la República, vigente desde 1985, contempla en tres de sus artículos (43, 119 y 130), aspectos fundamentales en materia de competencia y economía de mercado, tales como: los deberes que tiene el Estado de proteger la economía de mercado e impedir prácticas que restringen la competencia y que, por lo tanto, son perjudiciales a los intereses y bienestar de los consumidores.

El Código de Comercio, que data de 1970, contiene varios artículos (del 361 al 367) dedicados a tipificar, prohibir y sancionar todas aquellas conductas y actos que afectan los derechos tanto de competidores como de los mismos consumidores, tal es el caso de la competencia desleal.

No obstante, la vigencia de estos instrumentos legales y la aplicación real y efectiva de dicha regulación son muy escasas, y son muy pocos los casos que involucran a los mencionados artículos que llegan a los tribunales. Adicionalmente, el tema de competencia en los mercados no ha sido objeto de discusión profunda en foros de la sociedad civil o círculos empresariales, ni ha formado parte de la agenda de prioridades de los sectores político y gubernamental del país.

Cabe recordar que hasta fines de los años ochenta la economía de Guatemala y la del resto de los países centroamericanos estuvieron altamente reguladas y con fuerte proteccio-

nismo, en el contexto de la aplicación del modelo de desarrollo hacia dentro, basado en la industria sustitutiva.

Esto implicó la instauración de varios obstáculos al funcionamiento de la economía de mercado y la libre competencia. Estos obstáculos iban desde excesivas regulaciones sectoriales, pasando por restricciones al acceso de los mercados domésticos, hasta altas tarifas arancelarias de importación para proteger la producción nacional de la competencia internacional.

De hecho, se puede afirmar que en Guatemala hoy día existe gran desconocimiento sobre las políticas de competencia tanto por parte de funcionarios públicos como de empresarios y académicos. Recientemente se ha empezado a despertar el interés y la preocupación, con relación al tema de competencia, en ciertos círculos pequeños en el ámbito político, gubernamental, académico y empresarial en el país.

Uno de los claros avances es que se ha incorporado el área de competencia como campo de acción en el marco del funcionamiento del sector público, particularmente en el nivel del Gobierno central. Al respecto, la Ley del Organismo Ejecutivo<sup>255</sup> incorpora en el cuadro de funciones del Ministerio de Economía lo que se refiere a "...hacer cumplir el régimen jurídico relativo al desarrollo de las actividades productivas no agropecuarias, del comercio interno y externo, de la protección al consumidor, del fomento de la competencia, de la represión legal de la competencia desleal, de la limitación al funcionamiento de empresas monopólicas" (artículo 32).

Adicionalmente, se comienzan a dar algunos seminarios y foros de discusión sobre el tema, promovidos por el Ministerio de Economía, por algunas universidades locales y por organismos de cooperación internacional, incluyendo la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

<sup>255</sup> Decreto n.º 114-97 del Congreso de la República, 1997.

Entre las causas que impulsaron la necesidad de un proyecto de ley de competencia, uno de los primeros impulsos a la aparición de este proyecto lo dio el Programa Nacional de Competitividad (PRONACOM), creado en 1998 con participación del Gobierno, el sector privado y el apoyo del Banco Mundial. Dentro de este programa existe un componente de apoyo a la creación de una ley de promoción de la competencia doméstica y la correspondiente entidad encargada de su implementación.

El impulso que este programa ha dado a la creación de la mencionada ley, ha sido canalizado en su mayor parte al Viceministerio de Inversión y Competencia del Ministerio de Economía. Entre las actividades apoyadas por este programa se cuentan un estudio de condiciones de competencia en algunos mercados nacionales<sup>256</sup>, asesoría legal para la elaboración del anteproyecto de ley y pasantías en agencias de competencia extranjeras.

Este Viceministerio fue creado en el año 2000 y tiene, entre otras funciones, la promoción de la competencia y la protección al consumidor mediante la búsqueda de la eficiencia en los mercados de bienes y servicios. Asimismo, se creó la Dirección de Promoción de la Competencia, como unidad encargada de diseñar, proponer y aplicar la política nacional de promoción de la competencia, así como la de preparar los proyectos normativos que favorezcan la libre competencia y eliminen las prácticas proteccionistas.

En este nuevo marco institucional se inició en el segundo semestre del año 2000 el proceso de preparación de una propuesta de anteproyecto de Ley de Promoción de la Competencia. Para tal efecto, el pequeño grupo técnico de la Dirección de Promoción de la Competencia inició el trabajo de análisis sobre el tema.

<sup>256</sup> Tineo, Luis y Claudia, "Boletín Latinoamericano de Competencia" *Mejora un país su marco institucional con políticas de competencia, 2001.*

Adicionalmente, desde el año 2000, tres anteproyectos de ley sobre protección de la competencia han sido presentados por algunos diputados ante distintas instancias del Congreso, sin coordinación alguna con el Ejecutivo y su Ministerio de Economía. Los anteproyectos son:

- a) Ley de Promoción de los Derechos de los Consumidores o Usuarios y de la Libre Competencia. Pasó al Pleno en el año 2000.
- b) Ley para la Defensa de la Libre Competencia. Conoció el Pleno en enero del 2001.
- c) Ley para la Custodia de la Libre Competencia. Presentada a la presidencia del Congreso en marzo de 2004.

Ninguno de estos proyectos ha sido ampliamente discutido, y todos se encuentran detenidos en el Congreso de la República sin aparente interés en promoverlos.

Algunos de los motivos expuestos para presentar las iniciativas de ley son: “Garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público<sup>257</sup>”, y “...la necesidad de crear un nuevo cuerpo normativo que sea congruente y consistente con las tendencias actuales y recoja las normas jurídicas que regulen con transparencia y ecuanimidad, las relaciones entre oferentes y demandantes (sic) una declaración de principios y garantías para la equitativa promoción de las actividades relacionadas.”<sup>258</sup>

Asimismo, uno de los parlamentarios que ha sido proponente de dos de los anteproyectos sostiene que las razones para presentar una iniciativa de ley de competencia son el desarrollo del artículo 130 constitucional (prohibición de monopolios y privilegios), el contenido del tratado de libre comercio con

<sup>257</sup> Congreso de la República de Guatemala, 2004.

<sup>258</sup> Congreso de la República de Guatemala, 2001.

Estados Unidos y Centroamérica, y la escasez de competencia en la mayoría de mercados del país junto con los efectos nocivos para el consumidor, de las conductas de los agentes dominantes.

Algunos modelos de ley que fueron considerados al igual que en la mayoría de países latinoamericanos, en el diseño del anteproyecto de Ley de Promoción de la Competencia del Ministerio de Economía, se optó por un modelo de corte conductual, es decir que prohíbe conductas anticompetitivas, en lugar de uno de corte estructural que prohíba las estructuras monopolistas u oligopolistas “per se.”

La legislación moderna en la materia se orienta a normar las conductas anticompetitivas de los agentes económicos, más que a impedir la existencia de monopolios u oligopolios en los mercados domésticos. Cabe también mencionar que en la etapa de preparación del anteproyecto de ley se utilizó como material de referencia la ley tipo de competencia elaborada por la UNCTAD<sup>259</sup> (2004).

Con respecto a la iniciativa de ley para la Custodia de la Libre Competencia, presentada en el Congreso de la República en 2003, y nuevamente con algunas modificaciones en 2004, la Dirección de la Promoción de la Competencia del Ministerio de Economía señala que esta propuesta tiene como modelo la Ley de Defensa de la Competencia española.

Los proyectos de ley actualmente en discusión, como ya se mencionó, además del anteproyecto de Ley de Promoción de la Competencia que elabora el Ministerio de Economía, existen tres anteproyectos que han sido presentados ante distintas instancias dentro del Congreso. Se considera pertinente discutir en este apartado el anteproyecto del Ministerio de Economía y el de la Ley para la Custodia de la Competencia

<sup>259</sup> UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo) (2004), Ley Modelo de Competencia, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra.

presentado a la Presidencia del Congreso en marzo de 2004. Estos dos anteproyectos son los que por el momento aparentan tener mayores posibilidades de ser discutidos en el Congreso de la República o en el Gabinete Económico del Gobierno.

El anteproyecto de Ley de Competencia preparado por el Ministerio de Economía establece el conjunto de prácticas anticompetitivas que serían prohibidas a partir del momento de su vigencia. Entre las violaciones a la libre competencia, están todos aquellos actos, prácticas, conductas, arreglos, convenios o contratos que se inscriben dentro de los acuerdos horizontales, acuerdos verticales, abuso de la posición dominante, y las concentraciones y fusiones, que son o pueden ser dañinas al funcionamiento correcto de los mercados. A continuación se presenta el conjunto de conductas, prácticas y actos que estarían prohibidos por el anteproyecto de Ley de Competencia:

I. Acuerdos horizontales.

Comprenden los actos, acuerdos, convenios y arreglos entre agentes competidores que tienen como objetivo restringir u obstaculizar la competencia mediante la fijación de precios, cantidades, calidades de los bienes y servicios, y distribución de territorios del mercado geográfico.

II. Acuerdos verticales.

Todos aquellos actos, contratos, convenios, arreglos y prácticas entre agentes no competidores que persiguen dentro de la relación proveedor-cliente impedir o limitar la libre competencia en todo o en parte del mercado (distribución exclusiva, compra exclusiva, negativa a vender, imposición del precio de reventa, discriminación de precios y venta condicionada, entre otros).

III. Abuso de la posición de dominio.

Todos los acuerdos o actos de uno o varios agentes económicos en posición de dominio, cuyo objeto sea impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas en el mercado (imposición en forma directa o indirecta de precios, limitación

o control, no justificado por razones técnicas, de la cantidad de producción y distribución del bien o servicio en perjuicio de otros agentes económicos o de los consumidores, la imposición de compra obligatoria de bienes por parte de uno o más agentes económicos, entre otros).

#### IV. Concentraciones y fusiones.

Todos los actos de concentración económica, tanto de carácter horizontal como vertical que tengan por efecto disminuir, restringir, dañar o impedir la libre competencia de bienes y servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

En relación con el proyecto de Ley para la Custodia de la Competencia presentado al Congreso, las principales violaciones a la libre competencia estipuladas en el texto son:

- 1) La fijación de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- 2) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- 3) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento y distribución.
- 4) La aplicación, 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.
- 6) Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos o subastas públicas.
- 7) Abuso de posición de dominio.

Los ámbitos de competencia y de exclusión en el proyecto de Ley de Promoción de la Competencia del Ministerio de

Economía se aplicaría a todos los agentes económicos, sean personas individuales o jurídicas, empresas públicas o privadas con o sin fines de lucro que realicen actividades productivas. También será aplicable a los actos o conductas que se originen fuera del territorio nacional cuando causen efectos dañinos en el territorio nacional.

El proyecto de ley contempla excepciones a su aplicación, tanto en lo que se refiere a los acuerdos horizontales, acuerdos verticales y también en lo que respecta a las concentraciones y fusiones.

De los acuerdos horizontales se exceptuarían, entre otras actividades, las exportaciones de un bien cuando el acuerdo no implique reducción en el valor de las exportaciones, ni excluya a otros agentes vinculados con este tipo de actividad económica.

También se excluiría del ámbito de aplicación de la ley a la cooperación en materia de investigación y desarrollo, previo a la comercialización del producto; asimismo se exceptuaría el intercambio de información crediticia e información estadística en general. En líneas generales, se exceptuarían los acuerdos y convenios que no restrinjan la competencia y que no limiten a ningún agente económico el ingreso al mercado o la ampliación de su negocio.

En el anteproyecto de ley no se especifica el trato que se daría a las asociaciones empresariales. Al ser consultados al respecto, los funcionarios del Ministerio de Economía señalaron que cuando los actos de estas asociaciones estén directamente relacionados con políticas empresariales de producción (volúmenes, precios, calidad, regiones o mercados geográficos), entonces estarían sujetos a las prohibiciones contenidas en la Ley.

Se exceptúan de las prohibiciones generale aplicables a los acuerdos verticales y a las concentraciones y fusiones, los acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la comer-

cialización de bienes o que promuevan el desarrollo tecnológico con la condición de que los consumidores puedan resultar favorecidos con los beneficios de tales actos y acuerdos.

En relación con estas prohibiciones, llama la atención el hecho de que la propuesta de ley contenga un listado de las prácticas que son “especialmente” vetadas, como la distribución exclusiva, imposición del precio de reventa, restricciones al mercado geográfico, y otras. A continuación de dicho listado aparece un artículo con numerosas excepciones aplicables a tales prácticas, con lo cual el detallar las prácticas especialmente prohibidas, hasta cierto punto, pierde sentido.

Valdría la pena analizar, si no sería más conveniente, en lugar de listar las prácticas prohibidas y sus excepciones, aplicar la regla de la razón a los acuerdos verticales que involucren agentes con participaciones significativas de mercado. Lo anterior, tomando en cuenta que, tal y como la teoría económica lo reconoce<sup>260</sup>, dichos acuerdos no siempre son dañinos, y en algunos casos pueden ser beneficiosos para la sociedad.

En cuanto a la propuesta de Ley para la Custodia de la Competencia, su ámbito de aplicación son “todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fin de lucro, realicen actividades económicas en el territorio de la República de Guatemala o agrupen a quienes realicen dichas actividades.”<sup>261</sup>

Las excepciones contempladas en esta propuesta de ley son:

- a) Se exceptúan de las conductas prohibidas los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten

<sup>260</sup> VISCUSI, W., J. VERNON, Y J. HARRINTON, “Economics of Regulation and Antitrust”, 3rd Edition, The MIT Press. Cambridge, Massachusetts., 2001.

<sup>261</sup> SEREBRISKY, T, “*The Role of Advocacy in Competition Policy*”, El caso del mercado de gasolina de Argentina. Policy Research Working Paper 3130, World Bank Institute, Banco Mundial. Congreso de la república de Guatemala, 2004.

de la aplicación de una ley nacional o de los reglamentos que se dicten en aplicación de una ley.

Es importante señalar que esta excepción disminuye sustancialmente la capacidad de la autoridad de competencia de prevenir o eliminar regulaciones que atenten contra la adecuada competencia en los mercados. Se impide de esta manera que la autoridad de competencia lleve a cabo el papel de abogacía de la competencia<sup>262</sup> (que sí está contemplado en la propuesta de ley del Ministerio de Economía).

- b) Se podrán autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que son prohibidas por la propuesta de ley siempre que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que:
- I. Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma adecuada de sus ventajas.
  - II. No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos.
  - III. No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

<sup>262</sup> SEREBRISKY, T, The Role of Advocacy in Competition Policy, The Case of the Argentine Gasolina Market. Policy Research Working Paper 3130, World Bank Institute, Banco Mundial, 2003. El papel de abogacía de la competencia permite que las agencias de competencia tengan mayor alcance y desempeñen un papel importante en áreas donde su papel es usualmente ignorado. Particularmente, la abogacía de la competencia puede proporcionar voz a una agencia en cuanto al diseño de la reestructuración de industrias antes de la privatización o desregulación a los procesos de concesión y otorgamiento de licencias, y a la forma en que las reglas de acceso se determinan.

Asimismo, se podrán autorizar, siempre y en la medida en que se encuentren justificados por el interés público, los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas prohibidas por la ley, que:

- I. Tengan por objeto defender o promover las exportaciones, en cuanto sean compatibles con las obligaciones que resulten de los convenios internacionales ratificados por Guatemala.
- II. Tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de esta, o cuando el exceso de capacidad productiva sea claramente antieconómico.
- III. Produzcan una elevación suficientemente importante del nivel social y económico de zonas o sectores deprimidos.
- IV. Atendiendo a su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia.

Además de tener un listado con excepciones muy amplias, el anteproyecto de Ley de Custodia de la Competencia, a diferencia de la propuesta del Ministerio de Economía, no trata por separado las prohibiciones y excepciones a los acuerdos horizontales y verticales. Sería recomendable dar un tratamiento diferenciado, dado que los efectos anticompetitivos de las prácticas horizontales son muy distintos de los producidos por las prácticas verticales.

De las sanciones por infracciones a la Ley, previstas en el proyecto normativo del Ministerio de Economía, cabe mencionar las siguientes: a) Orden al infractor, de la cesación inmediata de la práctica o el acto realizado en contravención de la ley. b) Imposición de obligaciones al infractor, para restablecer la libre competencia. c) La imposición de multas pecuniarias expresadas en número y valor del salario mínimo no agrícola, hasta por un monto equivalente a 50,000 salarios. d) Cierre temporal de la empresa.

Las sanciones mencionadas en el anteproyecto de Ley de Custodia de la Competencia son:

- I. Multas sancionadoras a los agentes económicos, empresas, asociaciones, cámaras, gremiales, uniones o agrupaciones de aquellas de hasta 200,000 dólares de Estados Unidos de América, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior.
- II. Multas de hasta 30,000 dólares de Estados Unidos a sus representantes legales (en el caso de personas jurídicas), o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión sancionado, y multas coercitivas de 2,000 a 10,000 dólares de Estados Unidos, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes como para cumplir lo ordenado con el fin de obligarlas a la cesación de una acción prohibida.

La propuesta de ley del Ministerio de Economía contempla la siguiente institucionalidad:

- I. Comisión para la Promoción de la Competencia.

Esta Comisión constituiría el órgano técnico y administrativo de carácter permanente, encargado de la aplicación de dicha ley. La comisión estaría adscrita al Ministerio de Economía, pero gozaría de independencia funcional y técnica.

La Comisión sería un ente administrativo que tendría facultades de investigación y de sanción. Sus resoluciones estarían sujetas a la revisión por los tribunales de justicia a través del proceso contencioso administrativo. Adicionalmente, la vía del amparo en Guatemala es muy amplia, por lo que, no obstante, a los recursos administrativos y judiciales se les puede interponer el amparo<sup>263</sup> en caso de ser procedente.

<sup>263</sup> [www.prensalibre.com/pl/2005/junio/16/116755.html](http://www.prensalibre.com/pl/2005/junio/16/116755.html). En junio de 2005. Prensa Libre (2005b), "Acuerdan 10 cambios a la Ley de Amparo" 16 de junio. El

La Comisión se integraría por tres comisionados titulares y dos comisionados suplentes, quienes desempeñarían sus funciones por un período de cinco años y serían designados por el presidente de la República a propuesta del Ministerio de Economía. Los comisionados tendrían derecho a ser designados por un período adicional.

Respecto a este punto, cabe mencionar que la propuesta de ley no establece las causales y mecanismos de remoción de los comisionados. Lo anterior, además de crear incertidumbre, abre la puerta a remociones injustificadas. Por otra parte, valdría la pena explorar la posibilidad de que el Congreso de la República participe en la elección de los comisionados y que no sea sólo el presidente de la República quien los designe.

## II. Secretaría Ejecutiva.

Es el órgano técnico y administrativo que asistiría a la Comisión para la Promoción de la Competencia. Su Secretario Ejecutivo sería nombrado por la Comisión, y esta última autorizaría a la Secretaría el inicio, de oficio o por denuncia, de las investigaciones necesarias para verificar la existencia de infracciones a la Ley. Algunas de sus principales funciones serían: la coordinación de los asuntos operativos y administrativos de la Comisión; investigación de las infracciones de la ley, y ejecutar los actos de substanciación del procedimiento, requeridos para la determinación de las infracciones de la Ley.

La iniciativa de Ley para la Custodia la Competencia propone la siguiente institucionalidad:

### I. Consejo Superior de la Custodia de la Competencia.

Sería una institución autónoma ejerciendo sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico.

---

Fiscal General de la Nación de Guatemala desarrollo un anteproyecto de ley para restringir el abuso del recurso de amparo en el país. De ser presentado y aprobado el anteproyecto podría traer algunos cambios a la Ley de Amparo Guatemalteca.

Dentro de sus principales competencias está “interesar” la instrucción de expedientes de la Intendencia de Custodia de la Competencia, y autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas relacionadas a las conductas prohibidas y las autorizaciones.

El Consejo estaría integrado por un presidente y seis vocales elegidos por el Congreso de la República, por mayoría calificada. Contra la adopción de medidas cautelares y las resoluciones definitivas del Consejo Superior de Custodia de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y únicamente podrá interponerse recurso contencioso administrativo. Asimismo, la instancia del amparo está disponible de acuerdo con la legislación nacional.

## II. Intendencia de Custodia de la Competencia.

Estaría integrada al Ministerio de Economía, y entre sus funciones tendría: instruir expedientes por conductas incluidas en la ley; vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en la aplicación de la ley; llevar el Registro de Custodia de la Competencia y estudiar los sectores económicos analizando la situación y grado de competencia de cada uno de ellos.

Del texto de la propuesta de ley, se entiende que el Consejo puede “interesar” la instrucción de expedientes de la Intendencia; sin embargo, de acuerdo con las demás estipulaciones de la propuesta de ley, se entiende que la Intendencia tendría independencia para iniciar procesos de investigación y sustanciación por sí misma.

e) Los principales obstáculos encontrados en la tramitación del proyecto:

Entre los principales obstáculos en la tramitación del proyecto, a pesar de que el tema de competencia formaba parte de la agenda económica (Matriz Económica y Plan de Acción Económica) de la administración de Gobierno del período

2000-2003, el anteproyecto de ley formulado en el Ministerio de Economía no llegó a constituir una iniciativa de ley del organismo Ejecutivo, de forma que no ingresó oficialmente al Congreso de la República.

Ello es atribuible, en primer lugar, a que los funcionarios que se alternaron como ministros de Economía durante el período 2000-2003 (en el período hubo cuatro cambios de ministro) no estaban convencidos de la viabilidad política al más alto nivel del Gobierno central y del organismo legislativo, de una propuesta de normativa en materia de competencia. En esa óptica se explica que el anteproyecto de ley sólo fue elevado a la consideración del gabinete económico de Gobierno, presidido por el vicepresidente de la República.

En segundo lugar, es posible que la presencia de algunos empresarios en altas esferas del Gobierno mencionado, con intereses directos en sectores de la economía altamente protegidos, haya sido otro factor que inhibió una gestión más agresiva por parte de las autoridades del Ministerio de Economía en torno al anteproyecto de ley, dado que la normativa propuesta podría contravenir dichos intereses. El carácter de confrontación que imprimió el Gobierno de 2002-2003 a sus relaciones con el sector empresarial organizado eliminó toda posibilidad de iniciar un debate nacional en torno al anteproyecto de ley con el fin de llegar a consensos básicos sobre el tema de competencia. Por otra parte, es necesario recordar que el ministro de Finanzas, en ese Gobierno, liberó la entrada a las importaciones en productos clave, aumentando la competencia y ayudando a bajar los precios en el mercado local.

Hay que tener presente que los mercados domésticos de varios de los bienes y servicios del país funcionan dentro de esquemas monopolistas y oligopolistas en circunstancias en las que se desconocen los objetivos y alcances de una legislación sobre competencia. De esta suerte, en algunos sectores empre-

sariales y políticos habría prejuicios y animadversión hacia este tipo de políticas.

A lo anterior habría que agregar que a los anteproyectos de ley que han entrado al Congreso de la República, por desconocimiento del tema, pareciera que nadie les ha dado mayor prioridad, a excepción de los propios diputados ponentes. Por esta misma razón, dichos anteproyectos no han sido discutidos.

En la promoción de la competencia la Ley de Protección al Consumidor (Decreto 06-2003) tiene mucha relevancia al establecer los derechos del consumidor y las obligaciones de los agentes proveedores del mercado. Asimismo, define los actos prohibidos a los vendedores de bienes y servicios. En este sentido, cabe resaltar que las prohibiciones están vinculadas con actos que restringen o pueden dañar la libre competencia, tal es el caso del acaparamiento, desabastecimiento o negativa a vender a fin de provocar alzas en los precios de productos, así como también todas aquellas prácticas lesivas a los derechos de los consumidores en materia de cantidad y calidad de los bienes y servicios. De esta manera, esta Ley reforzaría algunas de las disposiciones de la Ley de Competencia. Los aspectos anticompetitivos de la legislación económica nacional y el impacto esperado en las condiciones de competencia se encuentran dentro del ordenamiento jurídico interno del país, y existe cierta normativa que restringe la competencia en los mercados domésticos, particularmente en lo que se refiere a instrumentos legales que regulan parte de la actividad económica en el nivel sectorial.

Algunos de estos instrumentos reguladores de sectores productivos estratégicos fueron readecuados durante la segunda mitad de los años noventa en el marco de la privatización de las principales empresas públicas, pese a que su vigencia reciente aún presenta rasgos anticompetitivos o deficiencias que limitan las funciones de las entidades encargadas de velar por la aplicación de la normativa.

Así por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, la red básica de la telefonía, anteriormente de propiedad del monopolio estatal de la empresa GUATEL, pasó a propiedad y control monopólico de la empresa TELGUA, S.A. Sin embargo, la ley general de telecomunicaciones (Decreto 94-96) omitió incluir dentro de las funciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) la de investigación de posibles conductas restrictivas a la competencia de TELGUA. La ley de Comercialización de Hidrocarburos (Decreto 109-97) también adolece de este tipo de deficiencias.

En el sector financiero, la Ley de Seguros (Decreto n.º 473) es claramente anticompetitiva al prohibir en el artículo 1 el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradoras de origen extranjero.<sup>264</sup> Algunos otros aspectos de carácter anticompetitivo que presentan algunas leyes del país se tratarán en apartados posteriores.

Sobre las políticas de competencia y desarrollo en Guatemala, de hecho no se ha dado un debate serio a escala nacional sobre el tema de la competencia y su relación directa con el desarrollo económico y social del país, ya que su discusión se ha abordado en forma aislada en ambientes académicos y centros de investigación (Reyes, 2003). El Ministerio de Economía recién inició en el segundo semestre de 2004 acciones orientadas a la promoción de la competencia por medio de seminarios para difundir el conocimiento y la discusión del tema con la participación de representantes de centros académicos y de investigación y de entidades públicas y privadas.

<sup>264</sup> REYES E. EDGAR, "Políticas de Competencia en Centro América desarrollo nacionales y el papel de la cooperación." Boletín Latinoamericano de competencia n.º 16. Unión Europea, [http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin\\_america/boletin/boletin\\_16\\_2.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_16_2.pdf). Es importante mencionar que dentro del texto del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos, quedó estipulada la apertura del sector de seguros a las compañías extranjeras procedentes de los países firmantes del tratado.

Estos incipientes esfuerzos institucionales sugieren que la actual administración gubernamental tiene algún interés por dar a conocer el tema.

En términos de avances a futuro en este respecto, las autoridades del Ministerio de Economía podrían iniciar en el nivel del Gobierno central la tramitación del anteproyecto de Ley de Promoción de la Competencia para ser enviado al Congreso de la República. Alternativamente se podrían llevar a cabo acciones en coordinación con los parlamentarios que dirijan la iniciativa de Ley para la Custodia de la Competencia para incorporar las enmiendas que sean pertinentes para el mejoramiento de dicha iniciativa, y de esta forma propiciar su discusión y aprobación en el Congreso de la República.

### **La defensa de la competencia en el contexto jurídico institucional de Guatemala**

La política gubernamental.

El análisis de la política pública en materia de competencia se ha desarrollado desde la segunda mitad de los años noventa. Durante este período surge la privatización de las empresas públicas y grandes avances en la política de apertura externa. Asimismo, hubo algunos esfuerzos por modernizar la legislación económica en sectores estratégicos como la distribución de los hidrocarburos, las telecomunicaciones y la energía eléctrica.

### **La política pública en el período 1996-1999**

La política pública durante los últimos cuatro años de la década de 1990 se orientó en parte hacia el redimensionamiento del Estado, en cuyo contexto se le otorgó alta prioridad a la privatización de empresas públicas, el monopolio estatal de las telecomunicaciones en poder de GUATEL, entonces, pasó a manos privadas, lo que dio origen a la constitución de TELGUA,

S. A. en un marco de negociaciones que suscitaron muchos cuestionamientos en torno a la transparencia e imparcialidad del proceso (Rosada, 2002).

Asimismo, fue objeto de desincorporación la Empresa Eléctrica Guatemalteca (EEGSA), que anteriormente había estado constituida por capital mixto con una participación accionaria mayoritaria del Estado. Asimismo, fueron privatizados los activos del Instituto Nacional de Comercialización Agrícola (INDECA) y del Instituto Nacional de Energía Eléctrica (INDE). Además fue objeto de privatización el Banco Nacional de Desarrollo (BANDESA) que se convirtió en el Banco Rural (BANRURAL) de capital mixto, con un 30% de capital estatal.

La experiencia de muchos países latinoamericanos y de Guatemala, en particular, indica que el proceso de privatización de empresas estatales implicó la sustitución de monopolios estatales por monopolios privados. Las nuevas legislaciones nacionales adoptadas en algunos países no incorporaron normas orientadas a la promoción y defensa de la competencia.

Hay que reconocer que algunas normativas sectoriales de vigencia reciente en Guatemala constituyen un avance notable en términos de la apertura de mercados. Un ejemplo es la Ley de Telecomunicaciones<sup>265</sup>, promulgada en 1996, cuya aplicación ha permitido la presencia de varios operadores, principalmente en el servicio de telefonía móvil y telefonía internacional.

Esto se ha traducido en un apoyo estratégico al proceso de modernización económica de Guatemala y en beneficio de los usuarios en general; no obstante que en los primeros años de operación privatizada de los servicios de telecomunicaciones

<sup>265</sup> ROSADA, T., "TELGUA", *"Un procedo capturado"*, Estudios Sociales, IV Época, n.º 67. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. El monopolio estatal de las telecomunicaciones en poder de Guatel, pasó a manos privadas, lo que dio origen a la constitución de Telgua, S.A., en un marco de negociaciones que suscitaron muchos cuestionamientos en torno a la transparencia e imparcialidad del proceso.

las tarifas experimentaron sensibles incrementos. También existieron problemas porque algunos operadores se quejaron de que TELGUA les obstaculizó el acceso a la red de servicios esenciales mediante tácticas dilatorias que incidían en el aumento de sus costos.

b) La política gubernamental en el período 2000-2003.

Durante el Gobierno de este período se lograron avances concretos en el tema de competencia.

Estos se circunscribieron al marco institucional, se operó la reestructuración del Ministerio de Economía, en cuyo marco destaca la creación del Viceministro de Inversión y Competencia y la Dirección de Promoción de la Competencia, encargada de la formulación del anteproyecto de ley sobre la materia.

Hacia mediados del período se publicó el Plan de Acción Económica 2002-2004, en el cual se contemplaban acciones dirigidas a la creación de condiciones para el funcionamiento eficiente de los mercados domésticos de bienes y servicios dentro del esquema de libre competencia, a fin de mejorar la eficiencia económica y, por lo tanto, la competitividad interna e internacional.<sup>266</sup>

Sin embargo, más allá de lo anterior, la mencionada propuesta de normativa nunca llegó a convertirse en una iniciativa de ley del organismo ejecutivo para ser enviada al Congreso de la República, debido a que no existía la suficiente voluntad política.

c) La política del actual Gobierno.

En el transcurso de 2004, primer año de administración del Gobierno de Óscar Berger, no se logró percibir una línea clara de política en el tema de competencia. No obstante, la “Estrategia para Retomar el Camino del Desarrollo Económico” define como parte de las nuevas acciones del Ministerio de

<sup>266</sup> Gobierno de Guatemala, Plan de Acción económica 2002-2004, Guatemala.

Economía, alcanzar la libre competencia en los diferentes mercados nacionales, evitando abusos.<sup>267</sup>

A mediados de 2004 el Gobierno dio a conocer el Programa de Reactivación Económica y Social 2004-2005, también denominado “Vamos Guatemala”, como parte del Plan de Acción 2004-2008. En la parte de este programa, referente a las guías orientadoras sobre políticas e instituciones, se destaca la competencia como base de la acción económica.<sup>268</sup>

Sin embargo, dentro de las acciones de política que aparecen en el plan operativo del programa no aparece ninguna actividad directamente relacionada con la promoción y defensa de la competencia, particularmente en lo que respecta al impulso de la normativa en esta materia.

El análisis anterior sugiere que la política de competencia y la promoción del respectivo proyecto de ley en el nivel del Congreso de la República no forma parte del cuadro de prioridades del organismo ejecutivo, al menos en el corto plazo.

El papel de las entidades reguladoras de carácter sectorial en lo que respecta a la defensa de la competencia juegan un rol importante, pero ha sido y sigue siendo débil. No obstante que en el Capítulo III se abordarán más profundamente los principales problemas de competencia en sectores relevantes de la economía. A continuación se analiza desde la perspectiva de la competencia, el desempeño de los reguladores en sectores estratégicos.

- a) El Ministerio de Energía y Minas y el mercado de hidrocarburos.

<sup>267</sup> MINECO. Ministerio de Economía Gobierno de Guatemala, 2004b, Tratado de Libre Comercio de los Países Centroamericanos-Estados Unidos, Capítulo Doce, Financieros y Capítulo Trece Telecomunicaciones.

<sup>268</sup> MINECO. Ministerio de Economía Gobierno de Guatemala, 2004, La Libre Competencia en Mercados Globalizados, n.º 2, Dirección de Promoción de la Competencia.

El objeto fundamental de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos (Decreto 109-97) reside en propiciar el funcionamiento del mercado de petróleo y sus productos derivados en condiciones de libre competencia para beneficio de la economía guatemalteca y los consumidores (artículo 1). Esta ley tipifica y establece las sanciones para ciertas prácticas anticompetitivas como cuotas discriminatorias, coacción de precio, concertación de precio y rebaja discriminada. No obstante, la misma no prevé los mecanismos legales para corregir y sancionar las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados de su competencia.

Por lo anterior, dicha Ley carece de los elementos necesarios como para permitir al ente regulador corregir y sancionar los acuerdos horizontales como los cárteles, los acuerdos verticales, las fusiones y las concentraciones que impliquen abusos de la posición de dominio.

b) El Ministerio de Energía y Minas y la Comisión Nacional de Energía Eléctrica.

La Ley General de Electricidad (Decreto 93-96), vigente desde la segunda mitad del decenio de los noventa, representó otro avance relevante en el proceso de liberalización de la economía guatemalteca. Esta Ley creó además la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, como órgano técnico de dicho ministerio, entre cuyas atribuciones destacan las de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios y concesionarios, proteger los derechos de los usuarios, prevenir, conductas atentatorias contra la libre competencia, así como prácticas abusivas o discriminatorias y definir las tarifas de transmisión y distribución de energía eléctrica sujetas a regulación (artículo 4).

c) Superintendencia de telecomunicaciones.

La Ley General de Telecomunicaciones (Decreto 94-96). Desde el punto de vista de la competencia en el mercado, esta

Ley establece que las condiciones contractuales y los precios para la prestación de los servicios comerciales de telecomunicaciones deben ser libremente pactados entre las partes, por lo que no están sujetos a regulación o aprobación estatal, excepto lo que se refiere al acceso a recursos esenciales (artículo 22). En este sentido, la Ley regula lo relativo al acceso de recursos esenciales y la interconexión de redes comerciales de telecomunicaciones, todo lo cual debe ser libremente pactado entre los interesados, siendo vital en estos aspectos las normas que establecen los derechos y obligaciones entre las partes (artículos 26, 27 28 29 y 31).

Esta Ley creó la Superintendencia de Telecomunicaciones (SIT) como órgano técnico del Ministerio de Comunicaciones, pero no contempla los recursos legales ni las facultades del ente regulador con relación a corregir ni sancionar a los operadores que incurran en prácticas restrictivas a la competencia, como los cárteles y otros acuerdos horizontales para fijar precios y otras condiciones limitativas al libre mercado como el abuso de la posición de dominio.

En ausencia de una ley marco en materia de competencia en el país, es un problema para este sector, pues la Ley General de Telecomunicaciones no es suficiente como para promover y defender por parte del ente regulador la competencia en la prestación de los servicios de telefonía fija, móvil e internacional.

d) Superintendencia de bancos.

En mayo de 2002 entraron en vigencia cuatro leyes que tienen como objetivo central la modernización del sistema financiero de Guatemala, siendo éstas: a) Ley de Bancos y Grupos Financieros. b) Ley Orgánica del Banco de Guatemala (Banco Central). c) Ley Monetaria. c) Ley de supervisión financiera.

De acuerdo con la Ley de supervisión financiera (Decreto 18-2002), cabe subrayar que de las 23 funciones que le otorga esta Ley a la Superintendencia de Bancos, ninguna se rela-

ciona ni directa ni indirectamente con la defensa de la competencia en el sistema financiero del país. Esto se explica por el énfasis puesto en las actividades de inspección y vigilancia de las empresas financieras. Por otra parte, la Ley de Bancos y Grupos Financieros regula los aspectos relacionados con las fusiones, absorciones y adquisiciones en el sistema financiero, incluyendo los mecanismos e instancias formales para operar estas acciones, así como lo que se refiere a la solvencia y solidez financiera de las empresas para participar en el mercado. Sin embargo, esta Ley no incorpora normas que prevean la tipificación, corrección y sanción de prácticas de abuso de la posición dominante en los mercados, derivadas de las fusiones y adquisiciones en el sector financiero.

### **Los tribunales de justicia y la defensa de la competencia**

En ausencia de una política de Estado en materia de competencia y de una ley orientada a promover y defender la competencia en los mercados domésticos de Guatemala, el papel del organismo judicial desde la perspectiva de la defensa de la competencia no ha sido relevante. Los casos ventilados en el ámbito jurisdiccional han sido de carácter aislado y casi exclusivamente de competencia desleal.

La situación de competencia de los sectores sí alcanza a presentar un esbozo de la problemática general que presentan los sectores desde el punto de vista de la competencia. Lo que más destaca es que la integración vertical y los acuerdos horizontales aparecen casi en todos los sectores analizados. Se hace necesario estudiar a fondo cada sector para identificar con mayor precisión las prácticas anticompetitivas que surgen de la integración vertical y la colusión para poder evaluar su impacto sobre la economía del país.

En relación con los casos de competencia desleal llevados por los tribunales civiles y mercantiles, que son los que los

conocen, resulta que son archivados sin clasificación temática, por lo que es sumamente difícil acceder a ellos y saber cuántos se han presentado ante los tribunales. Al respecto, la opinión de varios abogados es que muy pocos casos de este tipo han llegado a los tribunales en Guatemala por no existir los mecanismos adecuados para resolverlos.

### **Ámbito internacional de la competencia**

En Guatemala, la influencia en el comportamiento competitivo de las empresas multinacionales operan en las industrias y sectores estratégicos de la economía que incluyen las comunicaciones, los sectores de energía eléctrica e hidrocarburos, así como también las industrias del cemento, cerveza, pan y cigarrillos. En estos sectores e industrias específicas se identificó la presencia de 21 firmas internacionales que desempeñan en su actividad respectiva un papel de liderazgo a escala mundial. Al respecto, la inversión extranjera se ha materializado mediante la creación de filiales y fusiones y adquisiciones de activos de empresas nacionales.

Para evitar abuso de poder de mercado de empresas multinacionales que operan en los mercados en el tema de competencia, no existe legislación ni acuerdos vinculantes ni organización que opere en el ámbito multilateral, como sucede en materia comercial en el marco del GATT y el funcionamiento de la OMC.

Esa ausencia institucional y organizacional para la defensa y promoción de la competencia de carácter multilateral se explica, entre otros factores, por la alta sensibilidad política que tienen los países en relación con su soberanía. Particularmente cuando se plantean propuestas que pudieran implicar la instalación de una entidad supranacional, y aún más, un tribunal internacional para la competencia. La inexistencia de normativa y de una organización de países de carácter multilateral en el tema

de competencia también se explica por la resistencia de los países, particularmente los de economías más avanzadas, de asumir compromisos multilaterales que pudieran interferir con los objetivos de las políticas industriales nacionales aplicadas.

Distintas propuestas que han sido formuladas coinciden en centrar el objeto de una política internacional de competencia en: a) los cárteles internacionales y los cárteles de exportación e importación; b) prácticas predatorias de empresas con posición dominante en el mercado internacional, y c) fusiones y adquisiciones.<sup>269</sup>

Una propuesta concreta se refiere a que los instrumentos de la política de competencia contenidos en los acuerdos de la OMC podrían ser incorporados en forma integrada a una reglamentación multilateral uniforme para la competencia internacional entre empresas y por extensión para la competencia entre multinacionales y empresas nacionales en los mercados domésticos. Esta reglamentación serviría para complementar marcos reguladores para las intervenciones estatales y también para sustituir medidas antidumping. En la OMC y en el GATT se instaló hace algunos años una mesa de discusión sobre el tema de competencia, y ha sido objeto de debate la reducción y la regulación de las intervenciones de los Estados en la competencia de mercados; en general puede afirmarse que poco se ha avanzado en términos de propuestas sobre regulaciones orientadas a la defensa de la competencia en el marco internacional.

La única regulación existente en el marco del GATT para darle tratamiento directo a conductas empresariales anticompetitivas es la que se refiere a las normas “antidumping”, las cuales son más bien motivadas por la aplicación de la política industrial

<sup>269</sup> MULLER, DENNOS, A., “*Global Competition Policy for a Global Economy*”, Nueva York, 1998.

o por la política de importaciones y, por lo tanto, los objetivos de la competencia en los mercados casi no son considerados.<sup>270</sup>

Es importante anotar que en el marco del Sistema de Integración Centroamericana (SICA) aún no se ha establecido una instancia orgánica para homologar la Comisión de Competencia de CARICOM.<sup>271</sup> Ello se explica por la ausencia de leyes y agencias de competencia en Guatemala, Honduras y Nicaragua.

En conclusión, se hace patente la ausencia de instancias internacionales a las que podrían acudir los Gobiernos en casos de darse prácticas anticompetitivas por parte de empresas multinacionales en los mercados domésticos. Al respecto cabe destacar que la consolidación de los procesos de globalización de los mercados subraya la necesidad de una organización y de una normativa multilateral para regular y corregir prácticas anticompetitivas. Esto es particularmente importante desde la perspectiva de los países con economías pequeñas y emergentes, que son más vulnerables a este tipo de prácticas por parte de las empresas multinacionales.

Los mecanismos de solución de controversias en el marco de los TLC se ocupan de conflictos entre países socios comerciales, razón por la cual el CAFTA y otros tratos de esta índole no constituirían una opción pertinente como para solucionar problemas relacionados con prácticas dañinas al comercio y a la competencia realizadas por empresas extranjeras en los mercados nacionales de Centroamérica.

El debate en torno a las políticas y legislación de competencia en Guatemala es muy reciente y limitado. Aparentemente, el tema no es prioritario en la agenda del Gobierno actual (período

<sup>270</sup> KOOPMANN, G., *“Implicaciones de la Liberalización del Comercio y las Inversiones para la Política de Competencia”*, Ministerio de Fomento, Industria y Comercio de Nicaragua/gtz, Managua, 1999.

<sup>271</sup> BOZA, B., *“Estado de Situación de la Política de Competencia en Guatemala, Necesidades y Propuestas para su Fortalecimiento”*, Guatemala, 2003.

2004-2008). No obstante, es importante anotar la influencia que han tenido organismos internacionales como el Banco Mundial, sobre los esfuerzos para crear políticas de competencia en el país. Existe desde el año 2000, dentro del Ministerio de Economía, una Dirección de Promoción de la Competencia que estaba elaborando en 2005 un anteproyecto de ley. Hay en el país legislación dispersa en diferentes cuerpos legales, que se refiere a aspectos propios de legislación de competencia como monopolios, prácticas restrictivas a la competencia y competencia desleal. Sin embargo, no existen instituciones que velen por el cumplimiento de lo estipulado en las mismas. Asimismo, la regulación de sectores económicos esenciales como electricidad, hidrocarburos y telecomunicaciones contiene estipulaciones para la protección de la competencia en sus respectivos mercados. Sin embargo, invariablemente las instituciones encargadas de implementar la regulación, carecen de suficientes herramientas legales e institucionales para hacerla cumplir.

### **Situación actual en materia de competencia en Guatemala**

Es urgente entablar una discusión sobre políticas de competencia que debe intensificarse a todo nivel. Es importante que el Gobierno, sector privado y academia comiencen una discusión seria del asunto con vistas a definir el curso de estas políticas en el país.

En parte por el desconocimiento del tema y por los intereses que están en juego a la luz de este tipo de políticas, la discusión abierta sobre este tema no es fácil en Guatemala. Debe trabajarse fuertemente en dar a conocer las verdaderas características e implicaciones de la misma para fomentar una discusión informada y sin prejuicios.

Por otro lado, se presenta la cuestión de la debilidad estructural del Estado guatemalteco, que hace difícil pensar que una entidad encargada de la aplicación de una ley de competencia

pueda tener la suficiente independencia, capacidad financiera y técnica como para llevar adelante su misión de manera efectiva, no parece recomendable la Ley de Competencia sin que los distintos sectores del país la discutan a fondo y lleguen a algunos acuerdos básicos.

#### 4. Derecho de competencia en Argentina

La Ley Argentina de Defensa de la Competencia caracteriza como anticompetitivos a los actos que distorsionen la competencia o representen abuso de posición dominante, siempre que los mismos puedan provocar un perjuicio para el interés económico general. Este último concepto puede identificarse con la noción de “excedente total de los agentes económicos”, y medirse como la suma de los excedentes del consumidor y del productor. Asimismo, la idea de “abuso de posición dominante” puede relacionarse con el ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o coalición que tenga una posición monopólica, monopsónica o de liderazgo en precios o cantidades. Los actos y conductas anticompetitivos pueden no provenir de una situación de abuso de posición dominante; pero deben implicar ejercicio del poder de mercado y repercutir real o potencialmente sobre el excedente total de los agentes económicos. Sin embargo, no debe confundírseles con distorsiones originadas en monopolios naturales, externalidades reales o información asimétrica<sup>272</sup>, cuya solución jurídica no puede nunca estar en la

<sup>272</sup> AKERLOF, G.A., “*The market for “Lemons”*: Qualitative uncertainty and the market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics* 86, 1970 , pp 488-500. Akerlof, G.A., *The market for “Lemons”*: Qualitative uncertainty and the market Mechanism”, *Quarterly Journal of Economics* 86, pp 488-500. El marco legal de un país debe servir de sustento a la operación eficiente de la economía y contribuir de manera eficaz a promover el desarrollo económico y a maximizar el bienestar de la población. Esta información, que resulta evidente, fue ampliamente reconocida por los economistas clásicos, quienes dedicaron buena parte de sus investigaciones a analizar cómo el diseño de la legislación puede convertirse en una herramienta eficaz de la política económica de cualquier país. Los mercados perfectos se caracterizan por ser tipos

Ley de Defensa de la Competencia, sino en normas regulatorias, impositivas, de responsabilidad civil, de lealtad comercial o de defensa del consumidor.

La Ley Argentina de Defensa de la Competencia, registrada como Ley 22.262, es la norma que legisló en la Argentina sobre el tema de defensa de la competencia. Desde su promulgación en agosto de 1980, esta Ley fue aplicada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y por los tribunales federales y del fuero penal económico para casos en los que se denuncian prácticas que interfieren con el funcionamiento competitivo de los mercados.

Las partes de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia, más ligadas con conceptos de carácter económico, son los artículos 1, 2 y 41. De ellos, es, indudablemente, el primero el que requiere una mayor atención, pues define como objetivo de la Ley el prohibir “los actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.” El artículo 2 sirve para complementar la definición que aparece en el artículo 1, ya que especifica qué se entiende por “posición dominante en un mercado” por parte de una persona o de un conjunto de personas. El artículo 41, en cambio, tipifica una serie de actos y conductas anticompetitivos que la Ley considera como delitos.

Los tres elementos que menciona el artículo 1 (distorsión de la competencia<sup>273</sup>, abuso de posición dominante y perjuicio para

---

ideales donde todos los participantes en el mercado tienen el mismo grado de información. La *información asimétrica* describe una forma de falla de mercado. Ella se presenta especialmente en la forma de *selección adversa* y de riesgo moral. Lo que permite ejercer poder económico. Para ilustrar los problemas de la selección adversa Akerlof analizó en 1970 el mercado de los autos usados (“market for lemons”). Su aporte consistió en demostrar que cuando los vendedores tienen mejor información que los compradores puede ocurrir que sólo los bienes de poca calidad lleguen al mercado.

<sup>273</sup> Las conductas anticompetitivas son las siguientes: los acuerdos y prácticas concertadas entre los agentes económicos; las decisiones de asociaciones

el interés económico general) conforman los tres pilares sobre los que se asienta la Ley para juzgar si una conducta es punible o no. Los dos primeros son alternativos, en tanto que el último es una condición necesaria para que se configure una violación de la Ley.<sup>274</sup> Esto implica que, para que una determinada conducta sea sancionable a través de la Ley de Defensa de la Competencia, debe por un lado ser anticompetitiva (a través de la distorsión de un mercado o del abuso de una posición dominante en él), y por el otro debe ser perjudicial para la comunidad (atentando contra el interés económico general). Este perjuicio puede no obstante ser potencial, aunque, como la propia exposición de motivos de la Ley aclara, esta potencialidad hace referencia a un peligro concreto y no a una simple posibilidad lógica y abstracta.

La Ley 22.262, desde el punto de vista de sus relaciones, nos permite organizar la exposición en distintas secciones. En las dos primeras, extraer los conceptos económicos implícitos en el texto legal, haciendo hincapié en la interpretación de las nociones de “interés económico general” y “abuso de posición dominante.” La tercera sección analizará los actos y conductas que pueden infringir la Ley de Defensa de la Competencia. La cuarta sección, por su parte, relacionará las prácticas sancionadas por la Ley 22.262 con otras distorsiones al funcionamiento eficiente de los mercados, en tanto que la quinta sección resumirá las principales conclusiones.

---

de empresa; y el abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos. Las conductas referidas no constituyen “per se” ilícitos civiles. Para que ello suceda, existen ciertos requisitos: deben tener por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios; y que la distorsión en el mercado genera perjuicio relevante al interés general. No obstante, entendemos que es innecesaria la acreditación de estos requisitos, cuando se configuren los elementos de abuso de posición relevante al interés general que se encuentran implícitos.

<sup>274</sup> Inobservancia, infracción, incumplimiento, trasgresión, quebrantamiento.

El interés económico general, aparece en el artículo 1 de la Ley 22.262 y es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico.<sup>275</sup> Desde el punto de vista económico, sin embargo, resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de “excedente del consumidor”<sup>276</sup>, “excedente del productor”<sup>277</sup>, “excedente total”<sup>278</sup> y “función de bienestar social.”<sup>279</sup>

La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor consiste en que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y precios que enfrenta en el mercado, pero sirven también para medir hasta cuánto estaría

<sup>275</sup> CABANELLAS, G., Derecho Antimonopólico y de defensa de la Competencia, Buenos Aires, Heliasta, 1983, Págs. 211-213; SOLDANO, A Y LANOSA, W., El interés económico general en la Ley de Defensa de la Competencia, La Ley, LVII, no. 248, Págs. 1-2

<sup>276</sup> <http://www.eumed.net/cursecon/dic/e.htm> Concepto creado por Alfred Marshall sobre la base de un análisis hecho previamente por el ingeniero Dupuit.

<sup>277</sup> [www.mskousen.com](http://www.mskousen.com), MARK SKOUSEN, “*Economic Logic Skousen Publishing*”, Florida, EE.UU. El lado opuesto del excedente del consumidor es el excedente del productor. Se refiere a los beneficios de los productores que disfrutan cuando ellos pueden vender un producto o servicio a un precio que ellos esperan sea substancialmente más alto que sus costos. Entonces, mide el excedente del productor.

<sup>278</sup> [www.unav.es/economia/intromicroeconomia/mic\\_conceptos\\_7\\_06.pdf](http://www.unav.es/economia/intromicroeconomia/mic_conceptos_7_06.pdf) Suma del excedente del consumidor más el excedente del productor. En ausencia de imperfecciones del mercado, el excedente total puede medirse como la diferencia entre el valor para compradores y el coste para vendedores, este se calcula:  $EC = \text{Valor DEL bien para los consumidores} - \text{cantidad pagada a los vendedores}$ .  $EP = \text{Cantidad recibida por los vendedores} - \text{menos costos de los vendedores}$ .  $ET = \text{Valor del bien para los consumidores} - \text{menos costos de los vendedores}$ . Pero la cantidad pagada a los vendedores es igual a la cantidad recibida por los vendedores. Entonces  $ET = \text{Valor del bien para los consumidores} - \text{menos costos de los vendedores}$ .; <http://usic13.ugto.mx/economia/cardenas/peconomia/apuntes/cap7.pdf>

<sup>279</sup> KUMAR S., “*Nueva Economía del Bienestar*”, Amarte José Casas Pardo. PP.175. Una función de bienestar social nos lleva de un conjunto de ordenamiento social de estos estados. Por lo tanto es un procedimiento de agregación que determina un ordenamiento social, para el propósito de la elección social, sobre las bases de las preferencias de los miembros de la sociedad.

dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto que se define en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o “excedente del productor.” Es también susceptible de ser agregado a través de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen o pueden estimarse las funciones de demanda de tales consumidores o mercados, el concepto puede además medirse y representarse a través del área que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión.

Así como el excedente del consumidor sirve para representar la parte del beneficio social generado en un mercado que obtienen los consumidores, el excedente del productor representa un concepto semejante, pero visto desde el lado de las empresas proveedoras del bien. Este concepto puede también definirse como el beneficio económico que tales empresas reciben como consecuencia del funcionamiento del mercado, y gráficamente se visualiza a través del área que surge de restarle los costos totales de provisión del bien o servicio vendido al ingreso total recibido.

La consideración conjunta del excedente del consumidor y del excedente del productor nos permite elaborar una primera definición operativa del valor del interés económico general generado en un mercado. Esta definición es la del “excedente total de los agentes económicos”, entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico de la legislación de defensa

de la competencia, ya que es justamente la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta.<sup>280</sup> Puede entenderse, por lo tanto, que si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de dicha norma.

La relación entre el equilibrio de competencia perfecta y la maximización del excedente total de los agentes económicos proviene del comportamiento que la teoría económica presume por parte de los consumidores y las empresas en un mercado perfectamente competitivo, que es la maximización de su propio excedente tomando los precios como dados. En efecto, si cada agente busca maximizar su porción del excedente, suponiendo que no puede influir sobre los precios vigentes, entonces el precio que regirá en equilibrio se igualará con el valor que le asignan los consumidores a la última unidad del bien que consumen (valor marginal) y, con el costo que tiene para las empresas, producir una unidad adicional de dicho bien (costo marginal). Esto hace que, ni desde el punto de vista privado ni desde el punto de vista social, resulte deseable producir más o menos que la cantidad de equilibrio, ya que en un caso el valor que tiene dicha producción adicional para los consumidores excede el costo incremental de proveerla, y en el otro se está desaprovechando la oportunidad de producir algo cuyo valor para los consumidores supera el costo de provisión por parte de las empresas.

<sup>280</sup> MAS-COLELL, A., WHINSTON, M., Y GREEN, J., “*Microeconomic Theory*” Nueva Cork, Oxford University Press, Capítulo 10, 1995. Esta identificación entre la solución que maximiza el excedente total de los agentes económicos y el equilibrio de mercado bajo condiciones de competencia perfecta, es decir, bajo condiciones en las cuales todos los consumidores buscan maximizar su propio excedente, todas las empresas buscan maximizar su beneficio, y todos los agentes son tomadores de precios, es una consecuencia del llamado “primer teorema de la economía del bienestar”, por el cual se demuestra la eficiencia económica del equilibrio competitivo.

El concepto de excedente total de los agentes económicos puede extenderse al caso de mercados en los cuales, tanto los oferentes como los demandantes que participan son empresas. Este es el caso habitual de los mercados de insumos intermedios, en el cual los demandantes de insumos son productores de bienes que luego venderán a los consumidores (o a productores de nuevos insumos que a su vez se destinarán a producir otros bienes). La extensión del concepto tiene lugar por el hecho de que las demandas en tales mercados son en realidad demandas derivadas de los mercados de bienes a los que los insumos abastecen y reflejan, por lo tanto, de modo indirecto, el valor que ayudan a generar en los mercados, de dichos bienes.

El uso del excedente total generado en un mercado, como medida conceptual del interés económico general y su relación con las propiedades del equilibrio de competencia perfecta, se basa en una serie de supuestos que en algunos casos pueden resultar inexactos. En dichos casos, el verdadero excedente de los agentes económicos suele trascender los límites de las áreas delimitadas por las curvas de oferta y demanda del mercado, y la solución competitiva puede inclusive resultar peor que otras soluciones que implican distorsiones de la competencia perfecta. Las principales circunstancias en las que estas divergencias pueden darse son las siguientes:

a) Cuando los mercados de los insumos que se usan para producir el bien bajo análisis no son competitivos: En dichos casos, las funciones de oferta y de costos de los oferentes no reflejan los verdaderos costos sociales. Las mismas incluyen rentas no competitivas, y por ende la suma de los excedentes de los consumidores y de los productores ignora los efectos que se están produciendo respecto de los excedentes de los proveedores de insumos (por ejemplo, trabajadores, prestadores de fondos, abastecedores de materias primas, etc.).

b) Cuando los mercados de los bienes que se producen utilizando como insumo al bien bajo análisis no son competitivos: En esta situación es la función de demanda derivada la que no refleja el verdadero valor social del insumo producido, ya que ignora parte de los beneficios que el uso de dicho insumo le genera a los consumidores de los bienes que se producen con él.

c) Cuando existen efectos externos sobre otros mercados que no se transmiten a través del sistema de precios: En estos casos hay otros agentes además de los oferentes y los demandantes del bien que se benefician o se perjudican como consecuencia de su producción o su consumo, y tales beneficios o perjuicios no aparecen reflejados ni en las curvas de oferta ni en las de demanda del mercado bajo análisis. Ejemplos de estos fenómenos aparecen en bienes que aumentan o disminuyen la contaminación ambiental, el congestionamiento de tránsito, el acceso a las comunicaciones, etc.

d) Cuando existen problemas de información asimétrica.<sup>281</sup> Esta circunstancia se produce cuando una de las partes tiene menos información que el otro respecto de lo que se está comerciando. Esto genera que los demandantes o los oferentes desconozcan las verdaderas características de los bienes y servicios que intercambian, y que por lo tanto sus funciones de demanda u oferta dejen de representar medidas adecuadas del valor o del costo. Ejemplos de estos fenómenos aparecen en algunos mercados de servicios personales, bienes usados, seguros, etc.

<sup>281</sup> Revista de la Facultad de Economía-BUAP. Año VII. Núm. 19. [www.aportes.buap.mx/19ap2.pdf](http://www.aportes.buap.mx/19ap2.pdf) La teoría de la información asimétrica sostiene que el mecanismo de precios falla al determinar la asignación adecuada del capital: en los mercados financieros, por ejemplo, un colateral adecuado y el riesgo la ruptura (capacidad de pago) son más importantes que la tasa de interés. Además, los agentes no pueden calcular los precios sombra y, en consecuencia, sus decisiones están encaminadas a producir procesos de selección adversa, racionamiento y daño moral.

Una última divergencia posible entre las ideas de “excedente total de los agentes económicos” e “interés económico general” proviene del carácter esencialmente impersonal que el primero de tales conceptos tiene. En efecto, medir el bienestar a través de una simple suma de excedentes que los distintos actores se llevan puede resultar inadecuado si en la mente del evaluador pesan más los beneficios de algunos agentes y menos los de otros. Para contemplar esto puede usarse el concepto de “función de bienestar”<sup>282</sup> y <sup>283</sup>.

El uso de ponderadores distributivos es común en el análisis de proyectos de inversión pública y en el diseño de sistemas impositivos y tarifas de servicios públicos; pero resulta extraño en una evaluación económica de la legislación de defensa de la competencia. Esto se debe a que si la sociedad ha dejado que ciertos mercados se autorregulen a través del funcionamiento de un mecanismo de competencia, es porque interpreta que el ideal para dichos mercados consiste en que se comporten de acuerdo con el paradigma competitivo. Como, salvo para los casos encuadrados en las cuatro excepciones ya mencionadas, dicho paradigma es el que maximiza el excedente total, resulta lógico suponer que el legislador ha entendido que el concepto económico relevante para medir el interés económico general, en lo que se refiere a las normas de

<sup>282</sup> <http://www.cervantesvirtual.com/FichaMateria.html?Ref=88131&idGrupo=Estudios Críticos>. La función de bienestar es una tarea compleja, que debe ser abordada en tres planos diferentes: el instrumental, el distributivo y el normativo. El primero se relaciona con una regla de decisión formal que sea coherente con los principios generales de la racionalidad social e individual. El segundo concierne a la elaboración de principios que permitan una solución insesgada de los conflictos que surgen en toda distribución de bienes escasos, y el tercero se vincula con el desarrollo de un marco normativo que estimule el uso de la cooperación como lenguaje moral.

<sup>283</sup> Una de cuyas definiciones es la de una suma ponderada de excedentes, como los consumidores y los productores, y “a” y “b” son características distributivas que buscan medir el peso de tales excedentes sobre las preferencias de la sociedad. Cuando ambos números son iguales entre sí (e iguales a uno), dicha función de bienestar coincide exactamente con el concepto de excedente total de los agentes económicos.

defensa de la competencia, es el excedente total de los agentes económicos.

La noción de “abuso de posición dominante”<sup>284</sup> es otro de los conceptos que utiliza la Ley 22.262 para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que considera anticompetitivas. Este es un concepto que la Ley argentina toma del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea (1957) y de otros antecedentes, principalmente españoles y alemanes. En ese sentido, se le interpreta comúnmente como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la Ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la “monopolización” de un mercado que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio. Las legislaciones europea y argentina, en cambio, admiten como lícito que un mercado quede monopolizado o dominado por una única empresa, pero buscan penar los abusos que dicho dominio puede originar.

<sup>284</sup> HANOK B.T. “Joint Ventures Under E.E.C. Law” *Fardhom International Law Juvenal* vol. 15 n.º 2, 1991-1992 pp.303-344. La prohibición del abuso de posesión dominante legal plantea la interesante cuestión de la eventual responsabilidad del Estado ante una explotación abusiva de la misma. Desde tres supuestos distintos puede contemplarse esta eventualidad. El primero, por una empresa que habiendo obtenido mediante ley una posición de dominio en el mercado, abusa de ella por su sola voluntad. En este caso habría que considerar la eventual responsabilidad del Estado por su negligencia al haber otorgado una posición de dominio en el mercado a una empresa sin haber establecido las adecuadas garantías en evitación de abusos. El segundo supuesto correspondería a una situación en la que el Estado otorgase legalmente una posición de dominio a una empresa induciéndola a abusar de ella, tal sería el caso que se otorgue la posición de dominio a una empresa en un mercado conexo con otro en el que la misma empresa tuviese, a su vez, una posición de dominio previa. En este segundo supuesto, podría derivarse para el Estado una responsabilidad que presumiblemente habría que compartir con la empresa abusiva. El tercer supuesto sería el de una empresa a la que se le otorgara legalmente una posición de dominio que concluyera inevitablemente al abuso; se trata de un caso límite del anterior, y tal sucedería si el Estado concediese legalmente el monopolio del suministro de un bien o servicios necesarios a una empresa incapaz de satisfacer la demanda existente. La responsabilidad principal, en este supuesto, podría recaer exclusivamente sobre el Estado.

Si bien la Ley argentina no define el concepto de abuso de posición dominante, sí hace lo propio con la posición dominante en sí. Esta definición aparece en el artículo 2, cuyos dos incisos se refieren respectivamente a la posición dominante por parte de una persona o empresa individual (para lo cual se requiere que sea la única oferente o demandante, o que sin ser la única no esté expuesta a una competencia sustancial) y a la posición dominante por parte de un grupo de personas o empresas (lo cual se da cuando no existe competencia efectiva entre ellas, ni sustancial por parte de terceros). El concepto económico que más se relaciona con estas ideas de posición dominante es probablemente el de “poder de mercado,”<sup>285</sup> en tanto que el abuso de dicha posición de dominio puede en cierto modo asimilarse al “ejercicio del poder de mercado.”

Como se ha dicho ya, el poder de mercado puede definirse como “la capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente) de influir sobre los precios del mercado, y en ese sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precios. A diferencia de la definición legal, para la cual la posición dominante es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene, el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan

<sup>285</sup> Capacidad personal de hacer y de influir sobre las acciones de las otras personas, basadas en la posición de recursos económicos, la fuerza física, la convicción o la legitimación. Generalmente es una comunicación de todos los elementos mencionados, y cada uno de ellos sirve para progresar en los otros. El poder soberano corresponde al Estado, aunque se encuentra cada vez más mediatisado, ya que por una parte las grandes empresas multinacionales y los mercados internacionales, cuando no las presiones de las grandes potencias, condicionan las decisiones en materia de política económica. Hughes, M. “*The Economic Assisstmten of Vertical Restraints Under UK and EC Competition Law*”, European Reveiw, Volumen 22 Issue 10, octubre 2001.

de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada.<sup>286</sup>

La idea del ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado. Interpretado bajo una óptica jurídica penal, la maximización de beneficios sería el “móvil” que lleva a las empresas, a ejercer el poder de mercado que poseen, a abusar de su posición dominante, en tanto ambos conceptos puedan asimilarse. Es por eso que pueden existir situaciones en las cuales, aun teniendo poder de mercado, una empresa carezca de motivos para ejercerlo, y tal podría ser el caso de entidades que no maximizan beneficios (por ejemplo, empresas públicas, cooperativas de consumo, asociaciones civiles, mutuales, etc.).<sup>287</sup> Otra circunstancia equivalente puede acontecer cuando una empresa tiene una posición dominante, en tanto ambos conceptos puedan asimilarse, otorgada por una norma legal (por ejemplo, es la única proveedora de un servicio público en un área geográfica determinada); pero su poder de mercado se halla limitado por la existencia de un organismo regulador.

<sup>286</sup> Allende Salazar, R. y otros. “Derecho de la competencia”, los comentarios a la legislación comunitaria, Madrid, 1987, pp. 170-310. Los cárteles entre empresas, incluso pertenecientes a dos o más Estados miembros, cuando se refieren a importaciones y exportaciones, en ambos casos miden efectos entre ambos Estados miembros; tales acuerdos, con independencia de que restrinjan o no la competencia, tienen un impacto directo en las corrientes comerciales entre Estados miembros, así como entre empresas locales. Esta categoría de acuerdos abarca lo que impone restricciones a las importaciones y exportaciones, incluidas las restricciones de las ventas activas y pasivas y de la reventa por los compradores a clientes situados en otros Estados miembros.

<sup>287</sup> Esto no quiere decir que este tipo de entidades no puedan ser nunca responsables de actos de abuso de posición dominante. Sin embargo, sí sería un requisito mostrar que en la circunstancia específica de que se trate la entidad en cuestión, tenía incentivos para maximizar sus beneficios y abandonar sus otros objetivos habituales.

La manera habitual de medir el poder de mercado de una empresa es a través del cálculo de la inversa de la elasticidad-precio de su demanda en el punto en el cual la empresa maximiza sus beneficios. Esto proviene de la relación que existe entre dicho concepto y el apartamiento porcentual óptimo que la empresa maximizadora de beneficios puede lograr, y que surge de resolver un problema matemático a través del que se hallan la cantidad y el precio que le resultan más rentables a la firma.<sup>288</sup> Gráficamente expuesta, la idea consiste en que las empresas que enfrentan demandas más elásticas (planas) no encuentran rentable cobrar precios que excedan en mucho sus costos marginales, y tienden por eso a comportarse en forma bastante similar a las empresas tomadoras de precios. Las que enfrentan demandas más empinadas (inelásticas) hallan en cambio que para maximizar beneficios les conviene incrementar sus precios, bastante por encima de sus costos marginales, y aprovechar de ese modo el hecho de que la cantidad que se les demanda se reduce relativamente poco ante aumentos en sus precios.<sup>289</sup>

Debe tenerse cuidado acerca de cómo definir el mercado relevante, ya que esta falta de influencia puede obedecer al hecho de que los productos de la empresa bajo análisis son en

<sup>288</sup> Esta relación se conoce con el nombre de "Formula de Lerner" y proviene de operar en la condición de primer orden para la maximización de beneficios ( $lmg = Cmg$ ) hasta llegar al resultado de que, si dicha condición se cumple, entonces se da también que " $(P-Cmg)/P=1/Ep$ ."

<sup>289</sup> Gómez Segade, J. A., "*La Regulación de la Libre Competencia la CEE*", ADI, 1978, pp., 68 y 55. Elasticidades-precio que resultan relevantes aquí son las que corresponden a las demandas que enfrentan las empresas individualmente y no la de la demanda del mercado como un todo. Dichas elasticidades individuales se encuentran estrechamente relacionadas con las posibilidades de sustitución que existen con los bienes que producen otras empresas. Una distinción que resulta importante desde el punto de vista de la defensa de la competencia es de que puede establecerse entre el poder de mercado sobre los precios propios y el poder de mercado sobre los precios de los demás agentes económicos.

rigor los únicos que existen en el mercado, y lo que hay es por lo tanto una situación de monopolio.<sup>290</sup>

Muchas veces se suele relacionar el concepto de posición dominante con el de una alta participación de las ventas de una empresa o grupo de empresas en un mercado. Esta relación, sin embargo, resulta procedente sólo en los casos en los cuales dicha participación tenga un correlato de comportamiento, por el cual la empresa o grupo que posee esa participación pueda, valiéndose de ella, influir en las decisiones de sus competidores. Tal situación suele acontecer en casos en los cuales la participación en el mercado sea relativamente independiente de las políticas de precios y se deba en cambio a la posesión exclusiva de ciertos recursos (por ejemplo, yacimientos de hidrocarburos, redes de transporte o comunicaciones, capacidad instalada de producción o almacenaje, etc.). Estos elementos actúan entonces como barreras a la entrada de otros competidores y como obstáculos para la expansión de las ventas de los competidores existentes, y son por ende los verdaderos determinantes de la existencia de una posición dominante, más que la participación en el mercado en sí.

La relación entre posición dominante y participación en el mercado resulta mucho más tenue aún cuando esta última se encuentra originada en una estrategia empresarial de precios bajos destinada a aumentar la producción para aprovechar economías de escala y bajar los costos medios. En estos casos, las empresas con alta participación en los mercados suelen ser las que menos posibilidades tienen de aumentar sus precios para incrementar sus beneficios, ya que su demanda puede

<sup>290</sup> El tema de la definición del mercadeo relevante para encuadrar un caso de posición dominante es particularmente importante cuando existe diferenciación de productos y por lo tanto resulta impreciso definir qué variedades y áreas geográficas deben ser consideradas parte integrante del mismo mercado. Una definición demasiado amplia puede llevar a que la figura de posición dominante no aparezca nunca; una demasiado estrecha, a que aparezca siempre.

inclusive erosionarse completamente. Tal cosa sucede, por ejemplo, en dos casos clásicos:

a) Cuando el mercado es “desafiable”, es decir, cuando existen empresas que se hallan fuera de él, pero pueden ingresar fácilmente y adquirir con rapidez una posición competitiva.

b) Cuando el mercado está abierto a la competencia internacional, y resulta por ende relativamente fácil importar el producto a precios internacionales.

Dos casos de posición dominante que parecen ajustarse bastante bien a las expresiones que utiliza el artículo 2 de la Ley 22.262 cuando define dicho concepto son los mercados en los que existe liderazgo en precios o en cantidades. En el primero de tales casos, llamado también “modelo de la empresa dominante”, hay un grupo de firmas que actúan como tomadoras de precios y otra empresa que es el líder del mercado. Esta última es la que fija los precios a fin de maximizar su propio beneficio, tomando en cuenta tanto la demanda total del mercado como las funciones de oferta de sus competidoras. El liderazgo en cantidades u “oligopolio de Stackelberg”, por su parte, tiene lugar cuando lo que el líder fija es la cantidad que va a producir, en tanto que las empresas seguidoras reaccionan ante dichas cantidades aumentando o reduciendo su propia producción. Ambas circunstancias pueden interpretarse como casos en los que el líder del mercado es una empresa que está usufructuando su posición dominante, en virtud de que, al decir de la ley, “no está expuesta a una competencia sustancial.”

El otro caso de posición dominante tipificado por la Ley de Defensa de la Competencia es el que recae sobre un grupo de personas entre las cuales “no existe competencia efectiva.” El concepto microeconómico que más se aproxima a esta idea es el de colusión, por el cual un conjunto de empresas se pone de acuerdo para fijar precios o cantidades con el objeto de incre-

mentar los beneficios totales del grupo. Los efectos de la colusión son en principio idénticos a los que aparecen en los casos de monopolio, monopsonio, liderazgo en precios o liderazgo en cantidades, según sean el tipo y el alcance del acuerdo al que las empresas lleguen. El abuso de posición de dominio que se obtiene a través de la colusión aparece además explícitamente enunciado en el artículo 41 de la Ley 22.262, a través de una serie de incisos que condenan acciones concertadas.<sup>291</sup>

La Ley Argentina de Defensa de la Competencia es una norma que penaliza exclusivamente actos y conductas. En eso se diferencia de otras legislaciones que cuentan también con ciertos controles estructurales de los mercados, como ser un proceso de autorización previa de fusiones y adquisiciones. En el sistema argentino dichos controles estructurales aparecen solamente en leyes y decretos que se refieren a sectores específicos (por ejemplo, los servicios públicos regulados, los medios de comunicación, las entidades financieras), y su ejercicio está a cargo de organismos especialmente creados para dichos sectores y no de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.<sup>292</sup>

Para que se considere que una empresa o grupo de empresas está infringiendo la Ley 22.262 debe probarse que se ha producido un acto o conducta anticompetitivos. Dichos actos son los que la Ley define en su artículo 1 como aquéllos que

<sup>291</sup> ODRIÓZOLA M, IRISSARRY B., "Tratado de Derecho de la Competencia", Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, pp.230. Acuerdos horizontales secretos, cuyo objeto es suprimir la competencia entre los principales agentes económicos de un determinado mercado, incrementando artificialmente los precios y restringir la producción. Dichas prácticas suelen ir acompañadas de intercambios ilegales de información sobre precios y cuotas de mercado, así como de medidas destinadas a impedir la entrada en el mercado de nuevos competidores, para que de este modo se pueda proteger la posición privilegiada de los miembros del cártel.

<sup>292</sup> Esta situación podría modificarse de aprobarse el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, que se encuentra actualmente en trámite en la cámara de diputados de la nación, el cual contiene un capítulo que establece el control previo de las concentraciones y fusiones.

“limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado”, siendo condición necesaria para que los mismos sean punibles que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Aplicando las analogías vistas en los apartados anteriores entre los términos de la Ley y los conceptos económicos implícitos en ella, podemos interpretar que un acto o conducta anticompetitiva cae dentro de las infracciones a la Ley si implica un ejercicio del poder de mercado que afecta el funcionamiento del mismo y resulta en una disminución del excedente total de los agentes económicos.

Si bien la Ley 22.262 no exige que las conductas anticompetitivas representen necesariamente un abuso de posición dominante, sí puede afirmarse que para ser punibles, las mismas deben ser efectuadas por un agente económico que posea poder de mercado en alguna actividad, y que esté utilizando dicho poder al llevar a cabo la conducta. Si tal situación no se diere, resultará imposible que el agente económico en cuestión pueda restringir, limitar o distorsionar la competencia, ya que el efecto de sus acciones sobre el resto del mercado será nulo por definición. Es también necesario que el ejercicio del poder de mercado de que se trate, tenga como consecuencia potencial una reducción del excedente total, puesto que, si la misma no pudiera producirse, el hecho no tendría en principio efectos económicos perjudiciales.<sup>293</sup>

<sup>293</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ M., “*Distribution Selective At Internet*”, Competition Policy Newsletter No 2, junio 2001; 37, y 27 de 11 de julio 2002. El poder de mercado y por la afectación del excedente total de los agentes económicos, resulta posible efectuar una serie de clasificaciones que ayuden a individualizar las prácticas anticompetitivas. Dos particularmente útiles son las que dividen dichos actos en unilaterales y concertados, y en horizontales y verticales. Desde el punto de vista económico, las prácticas unilaterales son aquéllas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o monopsónico o del liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, en tanto que las prácticas concertadas se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por

En el artículo 1 de la ley 22.262, está presente en esto las clasificaciones doctrinarias, ya que las conductas mencionadas en él como aquéllas “que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia” pueden identificarse con prácticas exclusorias, en tanto que las incluidas dentro de la categoría de “abuso de posición dominante” son en general catalogables como prácticas abusivas.

Una clasificación importante es la que tiene que ver con los instrumentos utilizados para llevar a cabo los actos anticompetitivos, que básicamente pueden ser precios o unas restricciones cuantitativas. El uso anticompetitivo de la fijación de precios puede tomar diversas formas, entre las que se distinguen las siguientes situaciones:

- 1) Precios monopólicos: Son los que fija unilateralmente un monopolista o líder de precios con el objeto de incrementar sus beneficios, pero a costa de una reducción del excedente de los compradores y de una disminución global del excedente total generado.
- 2) Precios monopsónicos: Es el caso inverso al anterior, en el cual un monopsonista o líder de precios fija precios inferiores a los competitivos en el mercado en que compra su producto o insumo, y disminuye así el excedente total generado en el mismo.

---

un conjunto de empresas que se encuentran en colusión. En cuanto a la distinción entre prácticas horizontales y verticales, las primeras son aquéllas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las prácticas verticales se asocian con empresas que operan en distintas etapas del mismo proceso productivo. Una tercera clasificación posible es la que divide a las conductas anticompetitivas en prácticas abusivas y prácticas exclusorias. Dentro del primer grupo entrarían aquellos actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, y que generan de por sí rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. Las prácticas exclusorias, en cambio, son aquéllas que restringen la competencia a través de limitaciones u obstáculos que se les impone a competidores reales o potenciales, y que por ende generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto.

- 3) Acuerdo de precios: Es la práctica concertada por la cual un grupo de empresas impone precios semejantes a los monopólicos o monopsónicos (según la situación de que se trate) y ejerce por lo tanto un poder de mercado conjunto cuyos efectos sobre el excedente total son similares a los de las dos prácticas anteriores.<sup>294</sup>
- 4) Precios predatorios: Son precios que se fijan por debajo de los que regirían en una situación competitiva, con el objeto de forzar a que los competidores actuales se retiren del mercado (liquidando sus empresas o vendiéndoselas a la entidad o grupo dominante) o disuadir la entrada de nuevos competidores. Es una práctica exclusoria generalmente unilateral, aunque también puede surgir de un acuerdo entre un grupo de empresas. Su efecto sobre el bienestar es bastante complejo, ya que empieza incrementando el excedente de los consumidores a través de precios bajos pero crea el peligro de que en una etapa posterior surja un monopolio o un cartel y que éste pase a ejercer su poder de mercado en perjuicio de esos mismos consumidores.
- 5) Fijación vertical de precios: Consiste en que una empresa o grupo de empresas que actúa en una etapa del proceso productivo de un bien o servicio fije los precios de los bienes o servicios correspondientes a etapas anteriores o posteriores, con el objeto apropiarse de excedentes generados en otros mercados. Tal cosa puede suceder si, por alguna circunstancia, una empresa que posee una posición de dominio en una etapa del proceso no es capaz de

<sup>294</sup> En Europa la comisión impuso multas que ascendieron a 478 millones de euros a 4 empresas por su participación, entre 1992 y 1998, en un cartel en el sector de las placas de yeso que abarcaba los cuatro principales mercados en la Unión Europea (Benllux, Alemania, Francia y Reino Unido), las empresas participes en el cartel fijaron precios, se repartieron sus cuotas de mercado en Alemania, intercambiaron información sobre cuotas de mercado y se informaron sobre los incrementos de precio que aparecían en los mercados alemán e inglés.

ejercer plenamente su poder de mercado a través de los precios que ella misma cobra, y sí en cambio puede hacerlo fijándoles los precios a sus proveedores o clientes.<sup>295</sup>

- 6) Discriminación de precios: Ocurre cuando una empresa cobra diferentes precios por el mismo producto a distintos consumidores, con el objeto de utilizar mejor su poder de mercado en los distintos submercados que abastece y sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión. Al igual que la fijación vertical de precios<sup>296</sup>, esta práctica puede implicar tanto un aumento como una

<sup>295</sup> VISCUSI, W., VERNON J., Y HARRINGTON J., "Economics of Regulation and Antitrust" 2da edición. Cambridge, MIT Press.1995. En ciertos casos, sin embargo, la fijación vertical de precios puede llegar a ser beneficiosa en vez de perjudicial, si lo que busca es eliminar el fenómeno de "monopolización sucesiva" que ocurre cuando hay empresas con posición dominante en distintas etapas de la cadena productiva. En este tipo de situaciones el incremento en el excedente total se produce, como consecuencia de la supresión de una conducta monopólica en uno de los segmentos del mercado, aunque globalmente la situación de monopolio se mantenga en virtud de que sigue existiendo en otro segmento. Aunque no resulte en sí una conducta perjudicial, la fijación vertical de precios puede en tales casos señalar la existencia de un problema en el segmento en el que actúa la empresa que está llevando acabo dicha práctica.

<sup>296</sup> SOTO R. A., Tratado de Derecho de la competencia. Las relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y español de la competencia, Editorial Bosh, S.A., Barcelona, España, pp. 96 y 97. Los acuerdos verticales y las sedes de acuerdos verticales similares apreciados. Entre Estados miembros cuando dan lugar a que el comercio se canalice de una determinada manera, por ejemplo, las sedes de acuerdos de distribución selectiva aplicados en dos o más estados miembros canalizan el comercio de una manera particular porque limitan el comercio a los miembros de la red, afectando así a las corrientes comerciales frente a la situación que se daría de no existir el acuerdo. El comercio entre estados puede verse afectado por los acuerdos verticales que producen efectos de exclusión, por ejemplo, puede ocurrir con los acuerdos por los que los distribuidores de varios Estados miembros acuerdan comprar únicamente a un determinado proveedor o vender solo sus productos. Estos acuerdos pueden limitar el comercio entre los estados miembros en los que se aplica los acuerdos o el comercio procedente de los estados miembros no cubiertos por los acuerdos, la exclusión puede ser fruto de acuerdos individuales o de redes de acuerdos. Cuando un acuerdo o red de acuerdos que abarca varios Estados miembros produce efectos de exclusión, la capacidad del acuerdo o acuerdos para afectar al comercio entre estados miembros, suele ser por su propia naturaleza apreciable. Los acuerdos entre proveedores y distribuidores sobre imposición de precios de reventa alteran los niveles de precios y por ello afectan probablemente las corrientes comerciales.

disminución del excedente total de los agentes económicos, pero en todos los casos puede tomarse como una señal de que la empresa tiene poder de mercado en algún segmento de su actividad.

Dentro del grupo de las restricciones cuantitativas, por su parte, las principales conductas son las siguientes:

- 7) Acuerdo de cuotas: Es una práctica concertada horizontal por la cual las empresas que participan en un mercado acuerdan no competir entre ellas y producir ciertas cantidades menores que las que registrarían en una situación de competencia. Esto tiene por efecto incrementar los beneficios de las firmas y reducir el excedente total, en virtud de la menor cantidad que se comercia.
- 8) Reparto de zonas: En este caso, lo que ocurre es que un mercado mayor e inicialmente más competitivo se transforma en un conjunto de monopolios o monopsonios menores, en los que sólo opera una empresa. En cada uno de dichos mercados menores, la empresa que lo abastece puede ejercer su poder de mercado y obtener beneficios a costa de reducir el excedente total generado.
- 9) Negativa a satisfacer pedidos: Es una restricción cuantitativa impuesta por una empresa o grupo de empresas de naturaleza generalmente vertical, que consiste en negarse a vender a ciertos clientes y favorecer en cambio a otros. Su objetivo puede ser semejante al de la fijación vertical de precios, intentando extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas del proceso productivo cuyas rentas son de difícil apropiabilidad.
- 10) Imposición de prestaciones suplementarias: Es otra práctica vertical, generalmente unilateral, por la cual un proveedor le impone a sus clientes la compra de ciertos productos que vienen artificialmente “atados” a otros. El objetivo es aquí extender el poder de mercado que se posee sobre un

producto a otro mercado en que no se posee dicho poder, y una vez más representa una práctica que puede no implicar en sí una reducción del excedente total de los agentes económicos pero que sirve para señalar la existencia de poder de mercado sobre la prestación principal de que se trate.

- 11) Imposición de exclusividad: Consiste en sujetar una operación a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Es una práctica exclusoria y típicamente unilateral cuyo objetivo es incrementar el poder de mercado que se posee en un cierto segmento, dificultando el acceso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. La exclusividad, sin embargo, es perjudicial sólo si resulta en una limitación de la competencia y no si se trata de una forma en la cual dicha competencia se manifiesta.<sup>297</sup>
- 12) Exclusión del mercado: Es una práctica horizontal de naturaleza usualmente concertada, por el cual un grupo de empresas le impide a un competidor seguir operando en el mercado, a través de la prohibición de utilizar algún recurso o fuente de abastecimiento que el grupo en cuestión monopoliza. A veces, esta práctica sirve como amenaza para sostener el cumplimiento de alguna otra conducta concertada, como ser un acuerdo de precios o de cuotas o un reparto de zonas.
- 13) Obstaculización de la entrada: Implica la realización de acciones destinadas a dificultar el ingreso al mercado de nuevos competidores, a través de actos tales como la instalación de capacidad excedente de producción o almace-

<sup>297</sup> Los contratos de exclusividad, por ejemplo, no son anticompetitivos si ex-ante existe una situación en la cual las partes tienen la opción de contratar con otras empresas competidoras de sus contrapartes. Esto es lo que frecuentemente sucede en las concesiones y franquicias entre productores y distribuidores, entre cadenas comerciales y comercios independientes, etc.

naje. Lo que debe darse aquí es que la empresa o grupo implicado haya decidido incurrir en costos adicionales con el objeto de disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado, y asegurarse así la continuidad de una posición dominante en el mismo.

- 14) Destrucción de estos o cierre de establecimientos: Son restricciones de la oferta logradas a través de la disminución de la capacidad de abastecimiento, cuyo objeto es elevar los precios y permitir el incremento de los beneficios de las empresas que operan en un mercado a costa de una reducción del excedente total. En general aparecen como prácticas concertadas, aunque también pueden ser unilaterales en casos de monopolios o posiciones dominantes por parte de una única entidad.

Muchos casos que se engloban en la enumeración de las prácticas antedichas aparecen mencionados en el artículo 41 de la ley 22.262, aunque la tipificación que hace dicho artículo se refiere en su inmensa mayoría a situaciones de carácter horizontal en los que aparecen conductas concertadas. Así, los incisos a) y k) hacen referencia a acuerdos de precios, el b) y el c) a acuerdos de cuotas, el d) a prestaciones suplementarias, el e) a repartos de zonas, el f) a obstaculización de la entrada y exclusión del mercado, el g) a negativas a satisfacer pedidos, el h) a discriminación de precios, y el i) y el j) a destrucción de estocs y cierre de establecimientos. No están tipificados en la ley (aunque podría encuadrárselos dentro del concepto de “abuso de posición dominante”) los precios monopólicos y monopsónicos, los precios predatorios, la fijación vertical de precios ni la imposición de exclusividad.

Otras distorsiones en el funcionamiento de los mercados que la ley de defensa de la competencia tiene por objeto es una serie relativamente breve y precisa de conductas, que de ningún modo agotan el cuerpo de normas que existen en el sistema

jurídico argentino referidos a problemas de eficiencia en el funcionamiento de los mercados. Resulta por eso útil establecer una clasificación, basada en conceptos económicos, que sirva para delimitar el campo de la defensa de la competencia y sus zonas de contacto con otras disposiciones. Tal es el objetivo de la presente sección.

Las distorsiones al funcionamiento eficiente de los mercados, también conocidas en la literatura microeconómica como “fracasos del mercado” reconocen básicamente tres fuentes: el poder de mercado, las externalidades reales y la información asimétrica. La primera de dichas fuentes tiene su origen en la existencia de agentes económicos con capacidad de influir en los precios del mercado. Las externalidades reales, en cambio, aparecen cuando algunas decisiones de producción o consumo de algunos agentes tienen efectos directos sobre otros agentes que no se transmiten a través de los precios. Los problemas de información asimétrica, por su parte, surgen cuando en un mercado algunos agentes económicos tienen mayor información que otros respecto de las características de los bienes que se comercian.

Los problemas de eficiencia surgidos de la existencia de poder de mercado pueden obedecer a dos circunstancias básicas. Una es de tipo estructural, y tiene que ver con casos en los cuales la forma más eficiente de organizar la provisión de un bien o servicio es a través de una única empresa (monopolio natural). La otra es de comportamiento, y básicamente tiene lugar en mercados en los que la estructura más eficiente productivamente (es decir, la que minimiza los costos de provisión del bien o servicio comercializado) implica la participación de varias empresas, pero que por la existencia de prácticas anticompetitivas unilaterales o concertadas experimenta distorsiones que reducen el excedente total de los agentes económicos. La ley de defensa de la competencia tiene por objeto remediar preci-

samente esta última circunstancia, pero es incapaz de resolver la primera, ya que sus disposiciones no están pensadas para tratar casos en los que el monopolio tiene ventajas comparativas respecto de las formas competitivas.<sup>298</sup>

La forma apropiada para resolver los problemas de mercado de los monopolios naturales pasa por establecer legalmente la existencia del monopolio en dichos sectores, y adoptar luego una normativa que limite específicamente el ejercicio de su poder de mercado. Tal normativa se ha manifestado en nuestro país y en el resto del mundo a través de dos herramientas básicas: las empresas públicas y la regulación. La primera de dichas alternativas implica la operación directa por parte del estado de las entidades encargadas de la provisión de los bienes o servicios de que se trate, en tanto que la segunda consiste en la entrega de los mismos a una empresa privada que es luego controlada en sus precios, cantidades y/o niveles de calidad por una agencia estatal.

Las actividades sujetas a monopolios legales públicos o a regulación por parte de un organismo específico se rigen en general por normas que quedan fuera de la ley de defensa a la competencia, en tanto se refieran a los bienes o servicios provistos bajo el régimen monopólico legalmente establecido o a las relaciones entre la empresa regulada y el regulador. La actuación de estas empresas en mercados en los que las mismas compiten real o potencialmente con otras entidades, sin embargo, puede caer dentro de la esfera de ley 22.262, si

<sup>298</sup> LAFFONT, J., Y TIROLE, J., *Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Inglaterra, MIT, Press, 1993, capítulo 7. La regulación de monopolios naturales, sin embargo, admite el uso de mecanismos competitivos en las situaciones en las cuales varias empresas puján por acceder a una concesión o a un conjunto de activos que van a ser explotados monopólicamente (por ejemplo, en una privatización). En tales circunstancias, la ley de defensa de la competencia resulta plenamente aplicable, en especial a casos en los que puedan detectarse prácticas colusivas o exclusorias entre los potenciales competidores.

es que el monopolio legal en cuestión está utilizando su poder de mercado para obtener una ventaja anticompetitiva unilateral en áreas en las que está sometido a competencia (por ejemplo, compra de insumos, venta de bienes o servicios complementarios a su actividad monopólica), o bien si en esas áreas está llevando a cabo prácticas concertadas que tienen un impacto negativo sobre el excedente total de los agentes económicos.

Las normas de regulación y de defensa de la competencia se superponen aún más en los casos de mercados regulados que están en sí sujetos a regímenes de competencia (por ejemplo, bancos, seguros, radios, taxis, generación de electricidad, telefonía móvil, etc.). La idea es que aquí la ley 22.262 actúa de manera supletoria a las normas propias de dichos sectores, que incluso pueden ser más detalladas en su caracterización de los actos o conductas específicos que se consideran anticompetitivos. Puede suceder también, sin embargo, que existan prácticas no invalidadas por las normas regulatorias y que sí infrinjan la legislación de defensa de la competencia, circunstancia en la cual es esta última la que resulta aplicable.

Las externalidades reales son otra fuente de distorsión a la asignación de recursos que la ley de defensa de la competencia es incapaz de combatir. En estos casos, la ineficiencia en el funcionamiento de los mercados surge de efectos que las acciones de algunos agentes económicos tienen sobre los excedentes de otros agentes y que no se manifiestan a través de los precios. Esto puede originarse en ciertos efectos secundarios que tienen algunos tipos de producción o consumo (por ejemplo, congestión del tránsito, contaminación del aire, etc.) o bien de la existencia de bienes o recursos de propiedad colectiva (por ejemplo, parques, cursos de agua, etc.). El problema que tales situaciones plantean es que parte de los costos o beneficios de las decisiones de algunos agentes económicos

son soportados por otros agentes, cuyas preferencias no son tenidas en cuenta al tomar dichas decisiones.

Las herramientas jurídicas que se encuentran disponibles para solucionar los problemas de externalidades reales son básicamente tres: la regulación directa de la fuente de la externalidad (por ejemplo, control de emisiones contaminantes, restricción de prácticas como la caza y la pesca, prohibición de la circulación vehicular en ciertas áreas y días, etc.), el establecimiento de impuestos y subsidios que compensen los costos y beneficios sociales generados (por ejemplo, impuestos a los combustibles y a los cigarrillos, subsidios a la educación y al transporte ferroviario, etc.) y la creación de reglas de responsabilidad civil por la cual se establezcan derechos y obligaciones de las partes afectadas por la externalidad.

La creación de derechos a través de reglas de responsabilidad civil adquiere un matiz particular en los casos en los que se admite la negociación posterior de tales derechos a través de contratos. Si tal cosa sucede, lo que se habrá hecho es transformar lo que antes eran efectos externos en bienes o servicios comercializables (por ejemplo, licencias para cazar, permisos para emitir un cierto nivel de sustancias contaminantes, peajes de una ruta), cuyo intercambio es ahora susceptible de generar situaciones de poder de mercado. Si el mercado así creado tiene un carácter monopólico, dichas situaciones deberán ser atendidas por un mecanismo de tipo regulatorio. Si, en cambio, el nuevo mercado admite la concurrencia de varias entidades diferentes, habrá en él un papel para la legislación de defensa de la competencia, en caso de que se detecten prácticas anti-competitivas unilaterales o concertadas que reduzcan el excedente total de los agentes económicos.

La información asimétrica<sup>299</sup>, finalmente, es otra de las causas de distorsión de los mercados, que cae fuera del accionar de la Ley de Defensa de la Competencia. En este caso, la fuente de la ineficiencia proviene de que una de las partes involucradas posee mayor información que el otro, respecto de las características de los bienes o servicios comercializados, y tiene por lo tanto la capacidad potencial de aprovechar dicha ventaja en el momento de la transacción. Esto genera a su vez un “comportamiento defensivo” de la parte desinformada, el cual provoca que operaciones que resultarían ventajosas dejen de realizarse por la incapacidad de contar con garantías creíbles que prevengan el comportamiento oportunista.<sup>300</sup>

Los remedios que prevé el sistema jurídico argentino para resolver problemas de información asimétrica pasan por la existencia de regulaciones específicas (por ejemplo, normas de calidad IRAM, normas de presentación de estados contables, ley de alquileres) y de dos leyes generales referidas a temas en los que la asimetría informativa cumple un papel importante. La primera de ellas es la Ley 22.802 de lealtad comercial, la cual contiene normas sobre identificación de las mercaderías, denominaciones de origen y publicidad desleal. La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, en cambio, incluye disposiciones relativas a información al consumidor, condiciones de oferta y venta, certificados de garantía, términos abusivos y cláusulas ineficaces de los contratos de compraventa de bienes y servicios.

<sup>299</sup> <http://www.bcv.org.ve/c1/abceconomico.asp>. Niveles distintos de información disponible para diversas gentes dentro de una interacción o intercambio económico.

<sup>300</sup> KLEIN, B. Y LEFFLER, k., “*The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*” *Journal of Political Economy*, vol. 89 pps 615- 641, 1981. La preocupación por estos problemas no es ajena a los agentes económicos que interactúan en los mercados y ha dado origen a múltiples mecanismos para paliar sus efectos, basados en la creación de una “reputación de calidad” en la cual las distintas marcas comerciales invierten importantes sumas.

Las principales conclusiones pueden resumirse en los puntos que se mencionan a continuación:

- a) La Ley 22.262 de Defensa de la Competencia penaliza actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general. Los dos primeros requisitos son alternativos y el último es necesario para que la práctica analizada encuadre dentro del objeto de la Ley.
- b) El interés económico general puede identificarse con el concepto económico de “excedente total”, y medirse como la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor. Salvo casos particulares, este concepto se maximiza en los mercados perfectamente competitivos, y es afectado negativamente por el monopolio y otras formas de ausencia de la competencia.
- c) El abuso de posición dominante puede relacionarse con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tiene una posición monopólica, monopsónica o de liderazgo en un cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa y si existen barreras a la entrada de nuevos competidores, originadas en disposiciones legales o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.
- d) Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de “abuso de posición dominante” deben, no obstante, implicar un cierto ejercicio del poder de mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales o concertadas, horizontales o verticales, abusivas o exclusorias, e instrumentarse a través de precios o de restricciones cuantitativas. En algunos casos pueden no representar actos que en sí mismos

repercutan negativamente sobre el excedente total de los agentes económicos; pero sí pueden ser una señal que indique la existencia de un ejercicio del poder de mercado que reduzca dicho excedente.

- e) La Ley de Defensa de la Competencia no está pensada para solucionar distorsiones al funcionamiento de los mercados, originadas en monopolios naturales, externalidades reales o información asimétrica. Dichos problemas son tratados alternativamente por una serie de otras disposiciones, que incluyen normas regulatorias, impuestos y subsidios, normas de responsabilidad civil y leyes de lealtad comercial y defensa del consumidor.

La legislación de Defensa de la Competencia tutela la posibilidad real de ejercicio de las libertades, de asociarse, de contratar, comerciar y ejercer toda industria lícita por parte de todos los individuos que las ejercen toda industria lícita por parte de todos los individuos que las ejercen en situaciones de concurrencia; por lo que es suficiente que las conductas anticompetitivas tengan aptitud suficiente.

En Argentina el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia —aún constituido— es la Autoridad de Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, dicho organismo pertenece al Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación. Hasta tanto se encuentre conformado el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, sus funciones son cumplidas por la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía de la Nación y por la Comisión Nacional de la Competencia. Este último organismo es el encargado de elaborar dictámenes técnicos, que son elevados a la Secretaría de Coordinación Técnica, siendo esta Secretaría quien toma las decisiones finales en sede administrativa. La Comisión Nacional

de la Defensa de la Competencia fue creada por la Ley 22.262, vigente desde el año de 1980 hasta su derogación por la Ley 25.156 en el año 1999. Dicha Ley es una norma de carácter federal, de aplicación de todo el territorio nacional. Contiene previsiones destinadas a sancionar y corregir conductas anticompetitivas, es decir prácticas que tengan por objeto o efecto limitar, falsear o distorsionar la competencia, o que constituyan abuso de una dominante; asimismo, en el Capítulo III contempla el control de las concentraciones económicas, para lo cual establece un régimen de notificación obligatoria de las transacciones que impliquen cambios en el control empresarial y que superen determinados umbrales.

## CONCLUSIONES

El trabajo realizado nos ha permitido analizar la situación actual de la política de competencia en nuestro país y en los diferentes países del área centroamericana, el examen efectuado nos permite concluir en que se han desarrollado instituciones e instrumentos adecuados en pleno reconocimiento de la importancia que las condiciones de competencia tienen para el desarrollo de un país. Aunque en la práctica existen algunos obstáculos legales, institucionales y de implementación, que dejan a las instituciones creadas en cada país, con las manos atadas para combatir de manera efectiva los monopolios existentes, la experiencia mexicana nos proporciona un punto de referencia relevante para otros países en desarrollo, que se hallen en proceso de elaboración de sus respectivas instituciones y leyes de competencia.

Casi siempre se concluye en que desde el punto de vista operativo, el sistema judicial es el principal obstáculo para la puesta en práctica efectiva de la política de competencia. En México quedó evidenciado, sobre todo en el caso de Telmex, cuándo el proceso judicial afectó la aplicación de la política de competencia, principalmente retrasando los procesos a través de los amparos. Estos procesos ponen en riesgo el hecho de que cualquier caso se estanque en el sistema judicial debido al recurso de amparo y las instituciones encargadas no pueden hacer efectiva su política, limitando la recolección de las multas impuestas, lo cual se vuelve muy preocupante, si se considera que la lógica de las multas es desincentivar principalmente las prácticas monopolísticas absolutas. La lección que se deriva de esta situación consiste en que se deben considerar los riesgos

de los procesos judiciales dentro del diseño y la ejecución de la política de competencia. Por ejemplo, si una práctica monopolística relativa a través de depredación de precios es muy difícil de demostrar, la autoridad debería de buscar otras formas de resolver el caso. Sin embargo, en el futuro será necesario permitir a las partes involucradas apelar las decisiones de implementación por parte de la institución de competencia ante las cortes; pero las cortes no tendrían que ser la principal instancia de decisión.

Respecto de las políticas de investigaciones de prácticas monopolísticas, la experiencia mexicana nos enseña que debe ponerse atención especial en este rubro. La necesidad de crear una política explícita a través de la implementación de un sistema de monitoreo, no sólo de búsqueda de información, sino también de su generación, es tarea prioritaria en el futuro inmediato. Se tiene que buscar y garantizar una implementación de la política de competencia en materia proactiva más que reactiva de prácticas monopolísticas. Por otra parte, la evidencia empírica demuestra que la mayor parte de la actividad de fusiones presenta un patrón de agrupamiento en sectores particulares tales como la banca salvadoreña. Aun cuando los criterios establecidos en las fusiones determinan que ambos índices, Herfindahl-Hirschman y Dominancia, son empleados como medidas de estructura de mercado, los resultados sugieren que las instituciones de competencia en la región han estado inclinadas a valorar más el índice de Herfindahl- Hirsch-man como medida de poder de mercado. Incluso, pese a que también los criterios sobre fusiones mencionan que las participaciones de mercado son empleadas para medir la estructura de mercado, no establecen clasificaciones para éstas. Sin embargo, los resultados sugieren que el nivel de participaciones tiene un impacto relevante en las decisiones.

Sin embargo, no hay evidencia de que los niveles altos del índice Herfindahl-Hirschman o participaciones de mercado constituyan un problema para las empresas que buscan fusionarse. Las fusiones que rebasaron los umbrales establecidos por las distintas leyes tuvieron altas probabilidades de ser aprobadas. En la mayoría de estos casos el factor de competencia proveniente de importaciones fue el contrapeso que las distintas instituciones de competencia consideraron para aprobar las fusiones a pesar de los altos niveles de concentración, lo que nos indica que no se basa mayormente en el índice de Herfindahl-Hirschman para analizar problemas de competencia.

Los estudios han documentado, a través de algunos casos expuestos en la parte relativa a de México, la importancia que puede tener para todos los países, y en especial para el caso salvadoreño, la dimensión internacional de la política de competencia. Aun cuando diversos países cuentan con leyes que permiten una defensa ante los efectos extraterritoriales de las concentraciones, aún cuando falta uniformar criterios y ampliar los canales de competencia, tanto de la superintendencia de competencia salvadoreña como de la costarricense, panameña y sus respectivas aplicaciones. Para ello se realizó un análisis detallado del marco institucional de las agencias y sus funciones relevantes: la labor de abogacía de la competencia y la investigación de las prácticas y concentraciones anticompetitivas.

Es necesario de nuestra parte sugerir algunas propuestas de políticas de competencia para El Salvador y para el resto de la región centroamericana, en función de la experiencia costarricense, ya que hemos considerado que ese país centroamericano posee una independencia de acuerdo con los elementos estudiados, en el marco institucional establecido por la LPCDEC, que asegura un grado adecuado de independencia legal y funcional de la CPC, así como un buen nivel técnico de sus decisiones. Lo mismo ocurre con la Superintendencia de

Competencia de El Salvador, que también es una institución de Derecho Público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de carácter técnico, con autonomía administrativa Y presupuestaria para el ejercicio de sus atribuciones y deberes; en el caso costarricense existe un elemento que podría limitar esa independencia: la definición del presupuesto de la agencia, pues quien decide el monto de sus recursos económicos anuales y el número de funcionarios de la UTA es el MEIC. Ésta podría ser la causa de los limitados recursos de la autoridad. En el caso salvadoreño hay más independencia, aún cuando el presupuesto es insuficiente.

La independencia de las instituciones y la efectividad de sus decisiones dependen del marco regulador, así como la realización permanente o la búsqueda por cambiar conductas arraigadas en la sociedad. Por ejemplo, la autoridad necesita que el Poder Judicial asimile los principios de competencia para que revise adecuadamente sus resoluciones; también es indispensable que los medios de comunicación entiendan los beneficios de las normas de competencia para que los expliquen a la sociedad; asimismo, que estos hagan una labor educativa de cara a la sociedad, de manera que conozcan sus derechos y aprendan a defenderlos; las instituciones de competencia requieren tener a las instituciones públicas de su lado para que le ayuden a detectar y denunciar prácticas anticompetitivas.

Todo apunta a que se mantendrá la tendencia a una mayor globalización de las actividades económicas. El gran dinamismo del comercio y las inversiones transnacionales demandarán una mayor coordinación de las autoridades nacionales mediante su participación en grupos de trabajo y en organismos multilaterales. De esta manera, es de esperarse que en los próximos años ocurran adecuaciones en el ámbito legal en todos los países del área centroamericana y México, con el propósito de prevenir emediar los efectos anticompetitivos de

concentraciones internacionales o que tengan efectos transfronterizos. Los mecanismos de cooperación internacional bilateral con los países con los que se hayan suscrito acuerdos de libre comercio también son un ámbito importante para desarrollar mecanismos de prevención. En el caso de México, los acuerdos que ha firmado con varios países (en especial, Estados Unidos y Canadá) se han traducido en una mayor cooperación e intercambio de información, así como mayor actualización, lo cual ha permitido una mejora sustancial en el desempeño de la CFC.

Actualmente es difícil determinar si las fusiones internacionales han beneficiado o no a la región (incluyendo a México), además de que escasean los estudios de nivel micro que midan el impacto en el bienestar social. Sin embargo, este fenómeno tan marcado de empresas extranjeras altamente concentradas en las industrias de la región debería de constituir un foco de atención para que se discuta con seriedad la incorporación explícita del tema en el diseño e implementación de la política de competencia, como ocurre en otros países, sobre todo en la mayoría de los miembros de la OCDE.

En Costa Rica, Guatemala y El Salvador la legislación de competencia debe reformarse para fortalecer las herramientas de investigación y establecer un programa de clemencia que facilite la detección de casos. Paralelamente, la CPC, en el país vecino de Costa Rica, deben aplicarse sanciones más fuertes con el propósito de desalentar la realización de cárteles. De lo contrario, con el pasar del tiempo las herramientas actuales serán insuficientes. En nuestro país la legislación está tan nueva que aún no ha sido posible analizar su eficiencia; sin embargo, creemos que se hace necesario fortalecerla.

La experiencia de la agencia en el país de Costa Rica, en materia de prácticas relativas, ha sido bastante menor que en materia de cárteles. En gran parte esto se ha debido a la difi-

cultad para realizar las investigaciones. Sin embargo, los casos conocidos demuestran la buena capacidad técnica de la CPC.

Las dificultades en el país costarricense tienen que ver más bien con la rigidez del marco legal para analizar este tipo de prácticas. En primer lugar, la LPCDEC tipifica de antemano todas las posibles prácticas; en segundo lugar, la regla de la razón no establece claramente la posibilidad de valorar los efectos anticompetitivos versus los pro competitivos. No obstante, la autoridad ha logrado flexibilizar la rigidez de la ley al aceptar justificaciones de eficiencias en materia de prácticas relativas.

Pero el espíritu de la LPCDEC sigue siendo legalista al tipificar de antemano las conductas y los efectos anticompetitivos, lo que va en contra de la regla de la razón. En la Unión Europea ha habido una importante discusión sobre la necesidad de enfocarse más en los efectos que en las conductas. De esta manera, en lugar de tomar como punto de partida la comprobación de la práctica relativa, la autoridad debería empezar por valorar sus efectos sobre el proceso de competencia, que podrían ser positivos.

Ahora bien, esta discusión tiene lugar en países con una cultura de competencia más desarrollada. Por tal motivo, sería prematuro cambiar de criterio cuando los agentes económicos apenas están empezando a comprender las reglas del juego, y las autoridades investigan los primeros casos. Sin embargo, las agencias o instituciones encargadas de la competencia, no deberían perder de vista esta discusión, de manera que al analizar prácticas relativas busquen determinar sus efectos anticompetitivos.

En el tema de las concentraciones el problema fundamental es que las legislaciones en el área centroamericana las regula adecuadamente, pues las asimila a las prácticas relativas. Esto podría ser inconveniente por las diferencias de las medidas correctivas para uno y otro caso; las primeras sobre la estructura

del mercado, y las segundas sobre la conducta de los agentes económicos, a diferencia de la legislación española, que en materia de concentración ha sido regulada en debida forma.

Si bien es cierto que en Centroamérica y el resto de América los problemas son comunes, observamos en Argentina los siguientes fenómenos:

a) la Ley de Defensa de la Competencia penaliza actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general. Los dos primeros requisitos son alternativos y el último es necesario para que la práctica analizada encuadre dentro del objeto de la Ley.

b) El interés económico general puede identificarse con el concepto económico de “excedente total”, y medirse como la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor. Salvo casos particulares, este concepto se maximiza en los mercados perfectamente competitivos, y es afectado negativamente por el monopolio y otras formas de ausencia de la competencia.

c) El abuso de posición dominante puede relacionarse con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tiene una posición monopólica, monopsónica o de liderazgo en un cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa y si existen barreras a la entrada de nuevos competidores, originadas en disposiciones legales o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.

d) Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de “abuso de posición dominante” deben, no obstante, implicar un cierto ejercicio del poder de mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales o concertadas, horizontales o verticales, abusivas o exclusorias, e instrumentarse a través de precios o de restricciones cuantitativas. En algunos

casos pueden no representar actos que en sí mismos repercutan negativamente sobre el excedente total de los agentes económicos, pero sí ser una señal que indique la existencia de un ejercicio del poder de mercado que reduzca dicho excedente.

e) La Ley de Defensa de la Competencia no está pensada para solucionar distorsiones al funcionamiento de los mercados, originadas en monopolios naturales, externalidades reales o información asimétrica. Dichos problemas son tratados alternativamente por una serie de disposiciones, que incluyen normas regulatorias, impuestos y subsidios, normas de responsabilidad civil y leyes de lealtad comercial y defensa del consumidor al igual que la legislación salvadoreña, y la legislación guatemalteca, razón por la que consideramos que existe una enorme necesidad de legislar en forma ordenada, organizada y sistematizada, todas las leyes que regulen el quehacer comercial.

En Guatemala hay legislación dispersa en diferentes cuerpos legales, que se refieren a aspectos propios de legislación de competencia como monopolios, prácticas restrictivas a la competencia y competencia desleal. Sin embargo, no existen instituciones que velen por el cumplimiento de lo estipulado en las mismas. Asimismo, la regulación de sectores económicos esenciales como electricidad, hidrocarburos y telecomunicaciones contiene estipulaciones para la protección de la competencia en sus respectivos mercados. Sin embargo, las instituciones encargadas de implementar la regulación, carecen de suficientes herramientas legales e institucionales como para hacerla cumplir.

La industria del azúcar en Guatemala muestra un alto grado de integración vertical, desde el cultivo de la caña de azúcar, pasando por la producción hasta la cadena de distribución en el mercado interno y la actividad de exportación del producto. Los 16 ingenios que existen en dicho país, funcionan como un cártel de distribución dentro del cual no hay competencia de

precios. De hecho, el nivel de precios en el mercado doméstico del azúcar, fijado por el cártel de distribución, se sitúa significativamente por arriba de los precios internacionales, lo que constituye en la práctica una ganancia de los productores y un costo para los consumidores locales.

Los precios altos del azúcar en el mercado interno sorpresivamente no generan mayor oposición de parte de los consumidores locales, pese a que de acuerdo con datos de la Encuesta de Condiciones de Vida (ENCOVI) del año 2000, la proporción del gasto total en alimentación de los hogares, que se destina al azúcar (granulada), es del 3,56%, ocupando el cuarto lugar en importancia dentro de los gastos en alimentos. Este porcentaje es mayor en los hogares pobres: 5,65%, ocupando el segundo lugar, y aún más alto en los hogares pobres extremos: 6,59%, también con el segundo lugar en importancia dentro de los gastos en alimentación.

La industria avícola de Guatemala es una de las actividades más relevantes en la estructura productiva del país. Esta industria muestra un alto grado de integración vertical, desde la producción de huevos, incubación, producción y distribución, hasta la venta al consumidor final. La industria avícola también se caracteriza por estar altamente concentrada, lo cual se constata en que dos corporaciones (Grupo Campero y Grupo PAF) controlan alrededor del 75% de la producción avícola del país.

Las actividades de importación y distribución de combustibles derivados del petróleo, incluyendo el gas licuado, también responden a una estructura altamente concentrada y controlada por un pequeño grupo de empresas multinacionales, aunque el expendio al detalle para el consumidor final es atendido por un amplio número de distribuidoras, con una amplia participación de distribuidoras independientes.

Por otra parte, la producción de licores en Guatemala está concentrada en cuatro empresas nacionales, en tanto que la

distribución se lleva a cabo mediante la Asociación Nacional de fabricantes de Alcoholes (ANFAL). Este sector presenta otro caso típico de cártel.

En cuanto al mercado de la cerveza, el control absoluto que ejerció por más de un siglo la empresa monopolista nacional de la cerveza en el mercado guatemalteco dio paso a una ardua competencia entre ésta y la cervecería Río, subsidiaria de la compañía brasileña AMBEV, a la que se agregó posteriormente la empresa nacional Distribuidora de Bebidas del Norte (DINORSA). En ese contexto de recia competencia los precios de los distintos tipos de cerveza experimentaron reducciones para beneplácito de los consumidores.

El proceso irreversible de globalización de los mercados domésticos en Latinoamérica y otras regiones del mundo se ha traducido en una fuerte competencia entre multinacionales que operan en los mercados mundiales de bienes y servicios estratégicos de la economía. En esa perspectiva, la economía de Guatemala y las del resto de países centroamericanos han sido en los últimos años escenarios de una creciente presencia de empresas multinacionales líderes a escala mundial, en sectores como las comunicaciones, energía eléctrica, hidrocarburos, la industria del cemento, pan y cerveza.

Cabe destacar la adquisición de una parte de la empresa Cementos Progreso, S. A. por una multinacional suiza, y las perspectivas de competencia en ese mercado por la prevista apertura de una nueva empresa cementera con capital nacional y extranjero. Sin embargo, esa creciente presencia de compañías multinacionales en las economías centroamericanas no siempre se ha traducido en un mejoramiento tangible en los niveles de precios.

En el caso del cemento, los precios han tendido hacia su elevación, a pesar del proceso de privatización que se dio en las cementeras de las naciones centroamericanas (con excepción

de Guatemala, y El Salvador, en donde la industria del cemento siempre ha estado en manos del sector privado), no obstante las crecientes operaciones en el istmo centroamericano, de las multinacionales CEMEX, HOLCIM y LAFARGUE, las tres empresas más poderosas de esta industria en el ámbito mundial.

En Centroamérica y en Latinoamérica, en general, no existen instancias adecuadas para la coordinación e implementación de acciones de cooperación en materia de competencia. La ausencia de coordinación en el tema de competencia en el nivel multilateral se explica por varios factores, entre los que resaltan: la alta sensibilidad política que tienen los países respecto de su soberanía, y la resistencia de los países, particularmente los de economías industrializadas, de asumir compromisos internacionales de carácter multilateral, pues ello puede ser incompatible con la aplicación de sus políticas industriales. En el contexto anterior no se vislumbra a corto y a mediano plazo posibilidades reales de creación de una normativa vinculante, ni una instancia organizativa en el ámbito multilateral en el tema de competencia.

Finalmente, se hace patente la ausencia de instancias internacionales a las que podrían acudir los Gobiernos en caso de darse prácticas anticompetitivas por parte de empresas multinacionales en los mercados domésticos. Al respecto, cabe destacar que la consolidación de los procesos de globalización de los mercados subraya la necesidad de una organización y de una normativa multilateral para regular y corregir prácticas anticompetitivas. Esto es particularmente importante desde la perspectiva de los países con economías pequeñas y emergentes, que son más vulnerables a este tipo de prácticas por parte de las empresas multinacionales.

Por todo esto es que recomendamos que la discusión sobre políticas de competencia deba intensificarse a todo nivel en nuestro país y en toda la región centroamericana y latinoamericana. Es importante que el Gobierno, sector privado y academia

de cada uno de los países comiencen una discusión seria del asunto con vistas a definir el curso de estas políticas en el país.

En parte por el desconocimiento del tema, y en parte por los intereses que están en juego a la luz de este tipo de políticas, pues la discusión abierta sobre este tema no es fácil en El Salvador. Debe trabajarse fuertemente en dar a conocer las verdaderas características e implicaciones de la misma para fomentar una discusión informada y sin prejuicios. En la práctica, esto podría hacerse difundiendo y debatiendo, en diversos lados y medios de comunicación, los anteproyectos de las leyes existentes ya mencionadas.

De la discusión intensa deberían salir los acuerdos políticos para apoyar determinada legislación y conjunto de políticas de competencia. Sólo con un fuerte sustento político podrá ser efectiva la regulación y su implementación.

Por otra parte, se presenta la cuestión de la debilidad estructural del Estado salvadoreño, que hace difícil pensar en que una entidad encargada de la aplicación de una ley de competencia pueda tener la suficiente independencia, capacidad financiera y técnica como para llevar adelante su misión de manera efectiva. Es necesario fortalecer la institucionalidad del Estado, para que una entidad de promoción de la competencia pueda ser verdaderamente viable.

A diferencia de nuestros países la Ley de Competencia de Panamá, le dio origen a una estructura administrativa y legal que es parte integral de los fundamentos institucionales del país. A partir de los años noventa, el Estado panameño creó diferentes órganos de supervisión y regulación que forman parte de lo que se conoce como un Estado moderno: entes reguladores de los servicios públicos; entes supervisores de empresas bancarias y de seguros; entes que supervisan los mercados de capitales y los entes promotores de la competencia, entre otros.

Se considera que el mejor entendimiento de la ley panameña, aun si ésta no experimentara cambios profundos de los casos que se han debatido y de las implicaciones de los veredictos, ha pasado por un entrenamiento especializado de los recursos humanos que se involucran en el proceso en sus diferentes etapas.

La Clicac ha desarrollado seminarios, cursos y similares para funcionarios de la institución y para interesados en el tema. Sin embargo, de varias entrevistas con miembros de firmas de abogados y economistas de la localidad se puede concluir que el principal problema que enfrentará la Clicac en el futuro es la deficiencia del tratamiento de la política de competencia en las universidades.

A título ilustrativo, en las escuelas de leyes de dos de las principales universidades del país el tema de la Ley y sus implicaciones no se desarrolla en un curso completo, sino como parte de los cursos de derecho mercantil, salvo que el catedrático haya tenido experiencia en el tema y dedique algo más de tiempo en sus clases al análisis de esta Ley, sus procedimientos y sus consecuencias. Por ello, se ha detectado que son las firmas más grandes de abogados del país las que tienen en su equipo una o más personas dedicadas a este tema para el servicio de los clientes. Estos profesionales a menudo comparten responsabilidades con el tema de derechos de propiedad.

Más grave aún parece ser el caso de la Escuela de Economía de la Universidad de Panamá. De acuerdo con las investigaciones realizadas, no se dictan cursos completos de organización industrial, los cuales son la base para el análisis académico de los casos que se llevan a los tribunales. En la mayoría de los casos analizados, los peritos económicos provienen de firmas grandes o asociados a ellas, puesto que los profesionales con algún tipo de experiencia en estos temas de competencia son pocos.

Nuestras conclusiones son: que las instituciones como la Clicac establezcan dentro de sus tareas de corto plazo, la relación entre las universidades y la institución, con el fin de incorporar cursos de las materias relevantes en las facultades de Derecho y de Economía o Administración, cursos en los cuales se discutan los casos que hayan sido concluidos con análisis de la ley aplicable, los antecedentes y los fallos. Por supuesto, el entrenamiento continuo del personal de la Clicac en instituciones similares, en los diferentes países de la región, debe ser parte importante de las tareas de la institución.

Para los países que aún no tienen oficinas, instituciones o agencias de competencia, la recomendación que se desprende de estos comentarios es que las universidades deben formar parte integral de la tarea de lograr una sana política de competencia. Para ello, las facultades de Economía y Administración, tanto en el nivel de pregrado como de posgrado, deben dictar cursos de organización industrial y enfatizar los aspectos de mercados oligopolísticos en los cursos avanzados de Microeconomía. Las bases fundamentales de los casos de competencia que se han dado en los tribunales de algunos países, especialmente en Panamá, que tienen que ver con concentraciones y prácticas monopolísticas relativas, las cuales deben ser definidas por la regla de la razón en los tribunales y requieren de análisis económicos rigurosos de ambas partes del argumento.

Igualmente, se recomienda que sean parte de los planes de estudio de las facultades de Derecho mediante una materia completa. Se sugiere que las especializaciones o posgrados en esta materia incluyan principios generales de organización industrial, aunque no necesariamente con el rigor matemático de algunos textos. En última instancia, quienes van a decidir en todas las fases del proceso son los jueces, que deben estar capacitados para discernir sobre las bondades de los argumentos que presenten las partes, no simplemente sobre

la forma en que estas partes defienden sus casos; por ello recomendamos que los Consejos nacionales de las judicaturas, incorporen en sus programas de formación inicial para jueces y en sus programas de formación continua para jueces los temas de Derecho Comparativo Internacional en materia de competencia.

La relación de las instituciones de competencias de los diferentes países con el resto de las instituciones del Estado es menos cercana que las requeridas frente a los desafíos de la apertura económica y la consolidación empresarial. Si bien la Clicac en Panamá y la Superintendencia de Competencia en El Salvador son entidades autónomas de los Estados panameño y salvadoreño, en ningún momento se debe suponer que deban ser entidades aisladas del quehacer de la cosa pública.

La relación más estrecha deberá existir entre los ministerios y entidades promotores de las inversiones extranjeras y las entidades de competencia. Para ello se propone que los ministerios respectivos consideren en sus planes de promoción dejar claro a los inversionistas extranjeros cuáles son las normas vigentes en materia de competencia, en particular las que se refieren a prácticas monopolísticas relativas, sobre todo en cuanto a concentraciones.

Se recomienda la firma de un acuerdo de cooperación entre las agencias de regulación y las instituciones de competencia, es decir entre la Superintendencia en El Salvador y la Clicac en Panamá, etc., que debe incluir:

- i. intercambio permanente de información;
- ii. uniformidad de normas contables, y
- iii. definición de atribuciones de cada agencia, de manera explícita.

El ámbito de la cooperación sería:

- i. análisis de los actos de concentración;

- ii. las subsidiarias de empresas reguladas; y
- iii. análisis de los contratos de concesión para establecer potenciales prácticas ilegales, y estudio de mecanismos de regulación y de posible desregulación.

Para los países que no tienen aún instituciones de competencia, se recomienda que se incluyan a los directores o comisionados como parte de los esquemas de promoción de inversiones, o al menos que sean consultados sobre la viabilidad de ciertas transacciones entre agentes antes de que ellas ocurran. En los momentos en que los países de la región se encuentran en el proceso de celebrar tratados de libre comercio con Estados Unidos y otros países, y dadas las grandes posibilidades de que el capital extranjero llegue en forma de inversión directa para aprovechar el mercado ampliado, sería inconveniente que una vez establecida la empresa en el país, las entidades de competencia determinen que ésta viola la Ley. Se debe prevenir antes que llegar a los tribunales.

En Panamá hubo una discusión respecto a la pregunta ¿Qué agencia debería encargarse de los temas de “dumping”, competencia y protección al consumidor? La iniciativa que mostró el Ministerio de Comercio e Industria (Mici) en la revisión de la Ley llevó al esquema de que los temas de comercio exterior pasen a ese ministerio, dejando los asuntos del consumidor y de competencia a la “nueva” Clicac. Este esquema tiene la desventaja de que el Mici tendría dos funciones a menudo en contradicción: la promoción del comercio internacional, por una parte, y la restricción de ese comercio en función de demandas de prácticas desleales, por otra. Un esquema ideal sería dejar los temas de “dumping” y subsidios al comercio exterior a una agencia especializada; pero no parece práctico este esquema a la luz de las restricciones presupuestarias con las que deberá trabajar el Gobierno en los próximos años.

En todo caso, en Panamá parece existir consenso entre los actores de las posibles reformas a la Ley de Competencia (Ministerio de Comercio e Industria, Ministerio de Finanzas y la misma Clicac) en que se debe mantener el sistema actual de dirimir conflictos en el Órgano judicial, a pesar de las experiencias negativas del pasado, para evitar politizar las decisiones de la agencia.

En El Salvador existe una Superintendencia de Competencia, que se encarga de los temas de “dumping”, y de competencia; una Superintendencia del Consumidor, para los casos de protección al consumidor, y en los casos de competencia desleal le corresponde dirimir conflictos, al Órgano jurisdiccional, lo cual para los empresarios y usuarios del sistema resulta negativo por la tardanza de la administración de la justicia ordinaria.

Sería importante introducir algunas mejoras que definan de manera clara el ámbito de la acción de las instituciones con base en experiencias de varios casos recientes, en diferentes países, referentes a prácticas monopolísticas absolutas, debiendo incorporarse a las asociaciones entre los agentes económicos que pueden ser demandados por actos contra la competencia. Esto crearía una simetría entre la posibilidad de que grupos organizados demanden y que puedan ser demandados. Los casos recientes de las agencias de publicidad y de las petroleras sugieren que el comportamiento monopolístico se pueda dar al amparo de organizaciones gremiales que representan a la mayoría de los participantes en una industria; por ejemplo, mediante la presión por tarifas uniformes a proveedores. Se deberían analizar las ventajas de incluir dentro del ámbito de las prácticas monopolísticas relativas ilícitas, aquellas conductas de los otorgantes de franquicias que consisten en poner restricciones a quienes las adquieren para comerciar con otros agentes económicos en materias no relacionadas directamente con la naturaleza de la franquicia.

Se debe añadir, como práctica monopolística relativa ilícita, la concertación para ejercer presión aguas abajo o aguas arriba del mercado relevante, para disuadirlo de ciertas acciones a favor del agente. Este tema del “boicot” aparece a menudo en economías pequeñas cuando un eslabón de la cadena de comercialización que está integrado verticalmente a otro, intenta disuadir por medio de represalias, por ejemplo, a un proveedor, de ofrecer precios favorables u ofertas especiales que compiten en contra del productor integrado.

Se propone establecer una definición de supuesto de hecho en prácticas monopolistas relativas, que incorpore no sólo un agente sino varios agentes con poder sustancial individual o colectivo, como grupo sobre el cual se pueden investigar las violaciones a la Ley.

Se debe incentivar a los agentes económicos para que, por iniciativa propia, acudan a las instituciones de competencia para lograr un visto bueno vinculante, antes de que se efectúe una transacción que pueda ser reputada como de “práctica monopolística absoluta.” Aunque las diferentes leyes establecen la facultad de consultar la vialidad de un acto en particular, en la práctica ha sido utilizada en muy pocas ocasiones.

Estos incentivos deben otorgarse de forma tal que las instituciones de competencia den su veredicto administrativo en un tiempo perentorio, pasado el cual se presume que la transacción no incumple la Ley. La razón del silencio administrativo tiene que ver con el hecho de que El Salvador, Panamá y otros países de la región están firmando acuerdos de libre comercio con Estados Unidos y otros países, cuyo principal impacto en la economía debería provenir de las nuevas inversiones privadas internacionales y no del comercio de bienes y servicios propiamente dichos. El texto final del TLC debería dejar claro que las reglas para acoger las inversiones extranjeras deben respetar todas las normas locales, y especialmente las que se refieren

a las leyes de competencia (fusiones, poder de mercado, entre otras).

La Ley 29, de Panamá, en su esencia se concentra en el efecto de prácticas monopolísticas relativas sobre el excedente del consumidor. No obstante, el artículo 9 del Decreto Ejecutivo 31 de 1998, que reglamenta la Ley 29, incorpora el concepto de eficiencia económica en el análisis de concentraciones. Para efectos prácticos, una pérdida del excedente del consumidor parece ser una condición suficiente como para rechazar el argumento de la eficiencia económica. Si bien es cierto que se establece claramente que una posición monopolística “per se” no es violatoria de la Ley (la estructura no reputa una conducta ilegal), es posible que una conducta estratégica que produzca mayor concentración pueda generar mayor bienestar por razones de eficiencia.

Debería incluirse en las leyes un artículo que se refiera a prácticas monopolísticas ilícitas, como la transferencia de recursos que una empresa obtenga por la venta de un producto hacia otra empresa vinculada con el mismo grupo para mantener una posición dominante en el mercado. Esta situación puede aparecer debido a la existencia de conglomerados empresariales que realicen este tipo de transferencias con el propósito de mantener una participación de mercado determinada, a pesar de que no sea ésta una consecuencia de mayor eficiencia económica.

Un tema complejo en la teoría y en la práctica es la definición de mercado pertinente o relevante. Como ya se anotó, en los casos de disputas centradas alrededor de prácticas monopolísticas relativas, la norma exige la definición de un mercado pertinente para determinar poder de mercado. La Ley debería añadir a las dimensiones geográficas y del producto (aspectos usuales en el estudio de la organización industrial) una consideración funcional de este aspecto, que la legislación

salvadoreña y panameña no contemplan. Ello quiere decir que el mercado relevante para un determinado bien, debe definirse en función de sus productos sustitutos del lado de la demanda, de la distribución geográfica de ese mercado y del uso potencial de productos similares desde el punto de vista de la oferta.

En Panamá existe un antecedente que puede ser útil para el futuro: los tribunales marítimos. La práctica de pruebas en materia de competencia es un proceso largo, costoso e ineficaz. Se debe incorporar el sistema de “descubrimiento de pruebas” en los temas de competencia, el cual obliga a las partes a entregar la información que la otra parte solicite y que sea relevante al juicio. Este principio, fundamental en el derecho anglosajón, acorta el tiempo del juicio, pues permite a ambas partes “descubrir” ante el foro toda la información relevante antes de iniciar el proceso de dirimir el caso en los tribunales. Mientras no se haga transparente este sistema judicial, será muy difícil conseguir las pruebas adecuadas. Este método de “discovery” es usado en la jurisprudencia de Estados Unidos y es efectivo para casos de competencia.

Para países que no tienen autoridades de competencia, parecería razonable que las leyes de competencia separaran los aspectos de protección al consumidor (pesos, medidas, y otros) de los temas de competencia propiamente dichos (monopolios, prácticas desleales, entre otros). La percepción de los ciudadanos sobre la efectividad de las agencias de competencia no debería estar mediatizada por los temas de día a día de precios, garantías, devoluciones, contratos y otros.

La Ley salvadoreña es clara en la definición cuando dice, que lo que busca la libre competencia es el bienestar general de la economía, no solamente el bienestar de los consumidores; en cambio, en la legislación panameña es un tema que debería incorporar, ya que no es clara en su contenido cuando dice que lo que busca la libre competencia es el bienestar de los

consumidores pero no comprende el bienestar general de la economía.

Las leyes de competencia nacionales para países pequeños no pueden tener los mismos parámetros que para países grandes. En particular, las concentraciones en dichos países tienden a ser mayores que en países con mercados más grandes, por razón de las escalas mínimas tecnológicas que existen en algunas actividades, aunque ello no suceda en todo tipo de mercados. No todas las estructuras concentradas pueden ser explicadas por este fenómeno, y por consiguiente las legislaciones nacionales deben enfocarse en el tema de conducta más que en la estructura medida por índices tradicionales de concentración o por el desempeño medido por resultados financieros.

La Superintendencia de Competencia y la Defensoría del Consumidor son instituciones con grandes perspectivas en El Salvador; pero no en la forma en que están estructuradas actualmente en lo institucional y en lo operativo. Pese a las usuales críticas de los consumidores de “que los precios suben y nadie hace nada” y de los empresarios de “que la Defensoría interfiere en los negocios sin resultados finales y con altos costos en tiempo y abogados”, la existencia de una Superintendencia de competencia no tiene la capacidad de disuadir acciones monopolísticas.

A casi 2 años de su nacimiento, la tendencia predominante en el nuevo Gobierno requiere de cambios para esta superintendencia, ya que el presidente de la República Elías Antonio Saca (2005-2009) anunció el pasado primero de junio algunas reformas elaboradas por la Superintendencia de Competencia en coordinación con el Ministerio de Economía, tales como:

- a) Sanciones más fuertes para los agentes económicos que impidan la libre competencia a terceros. El Ministerio de Economía busca reforzar la capacidad de frenar y sancionar prácticas anticompetitivas.

- b) Proponen reformas para el artículo 13, relativo a las atribuciones de la Superintendente de Competencia, introducen dos facultades: los allanamientos y el establecimiento de medidas cautelares. Con la primera facultad el Superintendente, con la ayuda de un juez civil o mercantil, podrá ordenar el registro del inmueble de que se trate del agente económico, dentro de una investigación sobre posibles prácticas anticompetitivas, en especial, en caso de carteles, colusión o acuerdo entre competidores para limitar la competencia. Con las medidas cautelares el Superintendente puede ordenar la suspensión temporal de actividades, llevar a cabo ciertas conductas sujetas a determinadas condiciones en particular, entre otras, a efecto de proteger la competencia.

Las medidas se podrán ordenar en cualquier momento durante la instrucción del procedimiento sancionatorio, mediante resolución motivada, y se mantendrán mientras persistan las causas que dieron origen a su adopción.

- c) Se propone reformar el artículo 38, relativo a las infracciones y sanciones, incorporando, entre otras: “Multas máximas imponibles en relación a la gravedad de la práctica anticompetitiva realizada para potenciar el impacto disuasivo de la ejecución de dichas prácticas, de hasta el tres por ciento de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior; o multas equivalentes a un mínimo de dos veces y hasta un máximo de diez veces la ganancia estimada, derivada de las prácticas anticompetitivas, en un plazo determinado, y establecerá las condiciones u obligaciones necesarias para restablecer la competencia, sean éstas estructurales o de comportamiento.

La Ley de Defensa de la Competencia de El Salvador presenta muchos vacíos, por lo que actualmente la vuelven

deficiente. Si bien es cierto, estas reformas pueden ayudar, surge también la necesidad de que se dicte a la mayor brevedad posible el Reglamento que desarrolle la Ley de Defensa de la Competencia. Que la Ley de Defensa de la Competencia no sea huérfana y se acompañe con la aprobación de una Ley de Competencia Desleal.

Se hace necesario reformar la Ley de Protección del Consumidor a fin de que se garantice al consumidor que los actos de competencia desleal que puedan afectarle, le permitan accionar contra quienes en forma desleal los trate.

Es importante crear estrategias para concientizar a los empresarios de la importancia de la ética publicitaria en estos temas; y también es necesario luchar para no satanizar a los monopolios como estructuras monopólicas, sino como estructuras de abuso de poder.



## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- AHIJADO, M., *Curso de Microeconomía*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- ALLENDE SALAZAR, R. Y OTROS. “Derecho de la competencia”, los comentarios a la legislación comunitaria, Madrid, 1987, pp. 170-310.
- AREEDA-TURNER, *Antitrust Law. Analysis of antitrust principles and their application*, 1978.
- ARIÑO, G. Y LOPEZ DE CASTRO, L., *Derecho de la competencia en sectores regulados*, Comares, Granada, 2001.
- ASENCIO MELLADO, J. M., *La Prisión Provisional*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, España 1987.
- AZAR ESPECHE, F. A., *Defensa de la Competencia*, De Palma, Buenos Aires 2001.
- BAIN, J., *Organización Industrial*, Barcelona, Ediciones Omega, 1963.
- BALLBÉ, M Y PADRÓS, C., *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, Barcelona, 1997.
- BALDASSARI, A., *I 2contratti di distribuzione*2.
- BALDI, R., *El Derecho de la distribución comercial en la Europa comunitaria*, (traducción de Luis Azzadi y J. Leal), Edersa, Madrid, 1998.
- BARONA VILAR, S., *Competencia desleal (normas procesales en la Ley 31/1991, de 10 de enero, de competencia desleal)*, Valencia, España, 1991.
- BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de Derecho Industrial*, 1978, Civitas, Madrid.

- BELLAMY, C, - CHILD, G, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992.
- BELLAMY, Christopher, *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Madrid, Civitas, 1992.
- BELLO MARTIN, CRESPO, *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BENEYTO PEREZ, J. M., - GONZALEZ ORUS, J. M, *Tratado de Derecho de la competencia*, Barcelona, 2005.
- BENEYTO PEREZ, J. M., - GONZALEZ ORUS, J. M, *Tratado de Derecho de La Competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005.
- BENEYTO PEREZ, J. M, - GONZALEZ ORUZ, J. M, *Tratado de Derecho de La Competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005.
- BERCOVITZ, A., *La formación del Derecho de la competencia*, ADI, II, 1975.
- BERCOVITZ, *El Control de las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea*, Editorial Aranzadi, 1990.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ- CANO, A., *Apuntes de Derecho Mercantil*. 4ª. Edición. Editorial Aranzadi. Pamplona 2003, capítulo VI
- BRIONES, J., FOLGUERA J., FONT, A. - NAVARRO, E., *El Control de Concentraciones en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G, *Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia*, 1983, Heliasta, Buenos Aires.
- BOZA, B., “Estado de Situación de la Política de Competencia en Guatemala, Necesidades y Propuestas para su Fortalecimiento”, Guatemala. 2003.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., *El dumping, legislación argentina y derecho comparado*, Buenos Aires, Argentina, Heliasta, 1981, p.110.
- CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, 1996, Argentina, p. 198.

- CABANELLAS G., Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heleasta, Argentina, 1996, pp. 294.
- CABANELLAS, G., Derecho Antimonopòlico y de defensa de la Competencia, Buenos Aires, Heliasta, 1983, Págs. 211-213.
- CANARIS, C., HANDELSRECHT, La tradición norteamericana y el contexto comunitario, ekonomiaz 21, 1991.
- CARBAJALES, M y MARCHESINI D, *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Editora Villela, Buenos Aires, 1978.
- CARLTON, D.W. - PERLOFF, J.M., *Modern industrial organization*, Addison Wesley Longman”, 2000.
- CASTAN, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo 1º. 1968.
- CASTAÑO SUAREZ, R., *El Servicio Postal Universal* Revista de noticias de la Unión Europea, 192, 2000.
- CORREA, P., “The Role of Merger Guidelines in the Enforcement of Antritrust Law: The Anheuser-Bush-AntArt. ica (ABA).” Case, Clicac. 1998.
- DARAMAS PELAEZ, M, *Concentración de empresas y defensa de la competencia*, Madrid, 1972.
- DIEZ PICAZO, L., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, España.
- DROMI, R., Derecho Administrativo, 7ª. Edición actualizada, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina, 1998.
- FERNANDEZ NOVOA, C. *Tratado de Derecho de la competencia*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España.
- FONT GALÁN, F. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- FONT GALAN, J. I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.
- FONT, GALAN, F. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*, Madrid, 1987.

- GALÁN CORONA, E. Prohibición de Prácticas Colusorias, Tratado de la Libre Competencia, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005.
- GALAN CORONA, E. Acuerdos restrictivos de la competencia, Madrid 1977.
- GALAN CORONA, E., Tratado de Derecho de la Competencia, Editorial Bosh, 2005, Barcelona, España.
- GALGANO, F., 2 Introdusione, en I contratti Della distribuzione commerciales”, *ed Egea*, Milano, 1993.
- GARCIA DE ENTERRIA, E, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Ediciones, SL., Madrid, 2000.
- GARCIA P. *La Teoría Social de la Fisiocracia*, Madrid, 1991, Vol. 3.
- GARCIA PELAYO, *La Teoría Social de la Fisiocracia*, Madrid, 1991, Vol.3.
- GARRIGUES, J., La Defensa de la Competencia Mercantil, Madrid 1964.
- GARRIGUEZ DIAZ CAÑABATE, J., Tratado de la competencia.
- GARRIGUEZ DIEZ, *Tratado de Derecho mercantil*, t. III, vol. I, Madrid, 1964.
- GOMEZ SEGADE, J .A., La Regulación de la Libre Competencia en la CEE, ADI, 1978.
- GUTIERREZ, I, - PADILLA, A. J., *Tratado de Derecho de la Competencia*, Editorial Bosch, S.A., 2005.
- HERNANDEZ MARTI, J., *Contratación Internacional*.
- JACKSON, J.H. “*World Trade and the Law of Gatt, 1968*.”
- KOOPMANN, G., “Implicaciones de la Liberalización del Comercio y las Inversiones para la Política de Competencia,” Ministerio de Fomento, Industria y Comercio de Nicaragua/ gtz, Managua. 1999.
- KLAUS, T, *Ensayos de Derecho en honor de Javier Piña Palacios*, México, Porrúa Hnos., 1985.
- LAFFONT, J., y TIROLE, J., *Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Inglaterra, MIT, Press, 1993, capitulo 7.

- LABRA, A., “La Constitución, El Estado y la Economía” en El Economista Mexicano, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1979.
- LOCKE, V., Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Madrid, 1994.
- LORAIN JOURNAL CO. V. UNITED STATES.
- MADRID-ARIS, MANUEL E., “Privatización y regulación de empresas sanitarias: teoría, evidencia empírica e implicaciones para Chile”, Quinta Jornada Hidráulica, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. 1998.
- MAS-COLELL, A., WHINSTON, M., Y GREEN, J., “Microeconomic Theory” Nueva Cork, Oxford University Press, capítulo 10, 1995.
- MARCHESINI, D., *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia*, Villela, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- MARTÍN LABORDA, A, *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Edición La Ley, 2001.
- MEMORANDUM, COMISION EUROPEA 1966.
- MENENDEZ MENENDEZ, A. “Constitución, sistema económico y Derecho mercantil,” en Tratado de Derecho mercantil, Civitas, Madrid, 1982. NAZAR ESPECHE, F. A, *Defensa de la competencia*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 2001.
- MENENDEZ MENENDEZ, A., *Constitución, sistema económico y Derecho mercantil*, Madrid, 1982
- NEVEN, D., PAPANDROPOULOS, P - SEABRIGHT, P., “Trawling for Minnows, Euoperan Competition Policy an Agreements Between Firms, Centre for Economic Policy Research”, Londres, 1998.
- ODRIOZOLA, M., IRISSARRY B., Y BARRANTES B., Tratado de derecho de la competencia, Editorial Bosch, S.A., 2005, Barcelona, España.
- ODRIOZOLA M, IRISSARRY B., Tratado de Derecho de la Competencia, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, España, pp. 230.

- OSBORNE, M. J. Y ROBINSTEIN, A., *A course in game theory*, MIT Press, 2001.
- OSBORNE, M. J. Y ROBINSTEIN, A., *A course in game theory*, MIT Press, 2001.
- OSORIO, M., *Diccionario de Ciencias Políticas y sociales*, Editorial Heliasta, Argentina.
- OTAMENDI, J., *Presupuestos básicos para la aplicación de la Ley de Defensa de la competencia*, Heliasta, Argentina.
- PALAU RAMIREZ, F., *Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia*.
- PARDOLESI, R., I “Contratti di distribuzione.”
- PARREÑO, G., *Distribución y libre competencia*, ed., Montecorvo, Madrid, 1994.
- PASCUAL SEQUEROS, “Revista de Derecho Mercantil”, España, 2000.
- PASCUAL SEQUEROS, A., *La Gaceta Jurídica de La Unión Europea y de La Competencia*, núm. 209, septiembre-octubre, 2000.
- PASCUAL Y VICENTE, J., *Tratado de derecho de la competencia*, Barcelona, Editorial Boch, S.A., 2005.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Cooperación entre la Comisión y las Autoridades nacionales en materia de prácticas colusorias y abusivas”, *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, 126, septiembre, 1997.
- PAZ A., *El Ilícito Concurrencial, de la dogmática monopolista a la política Antitrust*, 1981.
- PEREZ BUSTAMANTE, J. Y SUAREZ FERNANDEZ, P., *La aplicación del Derecho de la competencia a las plataformas B2B* *Gaceta Jurídica* no. 214, julio-agosto 2001.
- PILOTTI, L. y RULLANI E, L., “evoluzione delle funzioni commerciali e l’innovazione nelle forme distributive possibili scenari por l’impresa commerciale.
- QINTANS EIRAS, M. R., *Las obligaciones fundamentales del agente*, editorial Civitas, 2001.
- Reglamento de Agencia, Art. . 4, apArt. ado 1.3.

- Resolución Mapfre del 23 de marzo de 1991.
- RIBÓ DURÁN. L y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ J., Diccionario de Derecho Empresarial, Bosch, Casa Editorial, 1998, Barcelona España.
- RIBO DURAN J., *Diccionario de Derecho Empresarial*, Bosch, Barcelona, España, 1998.
- RIPPE, *Concurrencia Desleal*, Arnaldo, Montevideo, 1998, p. 477.
- RIPPE, S., FERNÁNDEZ, M., *La Concurrencia Desleal*, Arnaldo, Montevideo, 1970.
- ROBLES, A., *Libre Competencia y Competencia Desleal*, Madrid, La Ley, 2001.
- RODRÍGUEZ, A. E. “*The Lessons of Mexico’s antitrust initiative*”, en M. Naim y J. Tulchin (editores.), *Competition policy, deregulation, and modernization in Latin America*, Londres, Lynne Rienner Publishers. 1999.
- SANTINI, G., *El comercio. Ensayo de economía del Derecho*, traducción de Juana Bignozzi, editorial. Ariel, Barcelona, 1998.
- SANCHEZ GUZMAN, J.R., Marketing, *Conceptos básicos y consideraciones fundamentales*, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1995.
- SANTINI, G., “El comercio.”
- SENTENCIA Continental Can de 21 de febrero de 1973.
- SENTENCIA Hoffman La Roche de 13 de febrero de 1979.
- SHERWOOD, R.M., Los sistemas de Propiedad Intelectual y el estímulo a la inversión, Heliasta, Argentina, 1997.
- SMITH, A. *Investigación sobre la naturaleza y causas de La Riqueza de las Naciones*, Barcelona, 1988.
- SOLER MASOTA, Cuadernos de Derecho y de Comercio, en RGD, no 608, 1995.
- SOTO, ALONSO R., Distribución comercial y Derecho de la competencia, D.C., no. 12, 1993.

- SOLDANO, A Y LANOSA, W., El interés económico general en la ley de defensa de la competencia, La Ley, LVII, no. 248, Págs. 1-2.
- SOTO ALONSO R., *Derecho de la Competencia*, Control de las Concentraciones de empresas en España, 1990.
- SOTO ALONSO, R., *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- SOTO, ALONSO R., *La empresa y la regulación de la competencia en España*, 1990.
- SOTO A. R., Tratado de Derecho de la competencia. Las relaciones entre los Derechos Comunitario Europeo y español de la competencia, Editorial Bosh, S.A., Barcelona, España, pp. 96 y 97.
- SULLIVAN L. A. - GRIMES W .S., *Antitrust*, Saint Paúl, 1977.
- TAMANES, R., *La lucha contra los monopolios*, Madrid, España, Edición, Tecnos, 1966.
- TESIS DE JURISPRUDENCIA número P./J.11/2004 del Pleno de la Suprema Corte de justicia de la Nación, publicado en la página 1162, tomo XIX, marzo de 2004.
- STIGLITZ J.E., *El Malestar en la Globalización*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, S. L, 2002.
- TIEDEMANN, Klaus, *La Criminalité d`affaires*, Ensayos de derecho en honor de Javier Piña Palacios, Ed. Porrúa Hnos., México, 1985.
- URÍA, R., MENENDEZ, A., SOTO R, AROYO, I., y otros, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- VERGEZ SANCHEZ, M. M., Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez.
- VICENT CHULIÀ, F., *Compendio Crítico del Derecho Mercantil*, Valencia, Civitas, 1991.
- VON KALINOWSKI, *Antitrust and Trade Reegulation*, 1991.
- VERGEZ SANCHEZ, M. M., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, pp. 3067.
- VICENT CHULIÀ, F. *Compendio Crítico del Derecho Mercantil*, Valencia, Civitas, 1991.

- VICENTE CHULIA, F., “Nuevas estrategias en el Derecho europeo, Derecho de los negocios”, num.76, 1997.
- VICTOR PAUL A., “*The Interface of Trade/ Competition Law and Policy An overview*, 56 *Antitrust Law Journal* 397.”
- VISCUSI, W., J. VERNON, Y J. HARRINGTON, Economics of Regulation and Antitrust. 3rd Edition, The MIT Press. Cambridge, Massachussets, 2001.
- VISCUSI, W., VERNON J., Y HARRINGTON J., “Economics of Regulation and Antitrust” 2da edición. Cambridge, MIT Press.1995.
- WAELBROECK, M Y FRIGNANI, A., Sanfilippo, L., Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets andf Aplicatgion of Article 86, *European Bussines Law Review*, 1995.
- WALLBROECK Y FRIGMANI, Derecho Europeo de la Competencia Tomo I, versión española por Saenz-Cart. abarria Fernández I y Morales Isasi, Barcelona, 1998.
- WHISH, R. y WOOD D. Mergers Cases in the Real World: A Study of Control Procedures, París. 1994

### ARTÍCULOS-REVISTAS

- AKERLOF, G.A., “*The market for “Lemons”*: Qualitative uncertainty and the market Mechanism’, *QuArt. ely Journal of Economics* 86, 1970 , pp 488-500.
- ÁVALOS, B. M. y. MELGOZA N. J (2002), “*Concentraciones internacionales y aplicación de leyes de competencia*”, Comisión Federal de Competencia, *Gaceta de Competencia Económica*, año 5, México, 2005. pp. 17-51.
- CALONGE VELÁSQUEZ, A., Políticas comunitarias: Bases jurídicas. Lex Nova, Valladolid, 2002.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., Contratos internacionales, revista de derecho de sociedades, ISSN, 0210-0797, No. 177,1985, pags. 419-488.
- EUROPEMBALLAGE CORP. Y CONTINENTAL CAN CO. INC. V. COMMISSION, EUROPEAN COURT Reports 1973, p. 215.

- FERNÁNDEZ DE CODOBA, S., “La licitud antitrust de los acuerdos de distribución selectiva, comentario a la decisión de la comisión de 16 de diciembre de 1991. Caso de “Yves Saint Laurent Parfums” en RGD NO. 576, 1992.
- FISHER, F. M. “*Horizontal mergers: Triage and treatment*”, Journal of Economic Perspectives, Vol. 1, N° 2, 1987. pp. 23-40.
- GACETA DE COMPETENCIA ECONÓMICA, Vol. 1 al 10, México. 1998-2001
- GARCÍA RODRÍGUEZ, S., “Mexico’s new institutional framework for antitrust enforcement”, DePaul Law Review 1149. 1995.
- GACETA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA COMPETENCIA, “Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia”, enero-febrero 2000 205.
- Ley 52/1999 introduce en el régimen de conductas prohibidas de la Ley 16/ 1989, de “Defensa de la Competencia”, en J. M. BENEYTO y J. Maillou, El nuevo Derecho Comunitario y español de la competencia, Bosch, Barcelona 2002.
- GUTIÉRREZ, I., Y PADILLA, A .J., *La sustituibilidad de la oferta en el análisis de las concentraciones empresariales*, en Fundación ICO, Anuario de Competencia, 2001, 2002.
- HUGHES, M. “*Tha Economic Assisstmens of Vertical Restraints Under UK and EC Competition Law*”, European Reveiw, Volumen 22 Issue 10, Octubre 2001.
- KLEIN, B. Y LEFFLER, k., “*The Role of Market Forces in Assuring Contractual Perfomance*” Journal of Political Economy, vol 89 pps 615- 641, 1981.
- LEVY, S. “*Observaciones sobre la nueva legislación de competencia económica en México*”, en Ramiro Tovar (editor), *Lecturas en regulación económica y política de competencia*, México, ITAM, Grupo Editorial Porrúa, 2000. pp. 167-179.

- MARTÍNEZ LÓPEZ M., “*Distribution Selective At Internet*”, Competition Policy Newsletter No 2, Junio 2001; 37, y 27 de 11 de julio 2002.
- MARTÍNEZ SANZ, F., “Los acuerdos de agencia y el derecho de la competencia “ en RDM, n.º 219, 1996.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Revista de Derecho Mercantil”, no. 245, Julio - Septiembre, Madrid, 2002.
- REYES E., “*Políticas de competencia en Centro América desarrollos nacionales y el papel de la cooperación*”, Boletín Latinoamericano de Competencia n.º 16. Unión Europea, 2003.
- [http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin\\_america/boletin/boletin\\_16\\_2.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_16_2.pdf)
- ROACH, K. Y M. TREBILCOCK *Private PArt. y Access to the Competition Tribunal*, Faculty of Law University of Toronto, Hull, Quebec. 1996.
- TINEO, L. y CURIEL C., “*¿Mejora un país su marco institucional con políticas de competencia?*”, Boletín Latinoamericano de Competencia. Guatemala, 2001.
- WHITE, L. J., “*Antitrust and merger policy: A review and critique*”, Journal of Economic Perspectives, Vol. 1, n.º. 2, 1987. pp. 13-22.
- WILLIAMSON, O. E., “*Economies as an antitrust defense: The welfare tradeoffs*”, American Economic Review, 58, 1968. pp. 18-36.

## INFORMES

- ÁVALOS, B. M. y RAMÍREZ J. C., “*International trade and merger policy*”, Documento de Trabajo, N° 280, División de Economía, CIDE. 2003. Avalos, B. M., “*Essays on merger policy*”, *Doctoral Dissertation*, Reino Unido, University of Essex. 2002.
- Banco Mundial-Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 1997, “*Competition policy in a global economy: A Latin American perspective: Interpretative summary*”

- of the conference Emerging Market Economy*”, Forum Buenos Aires, Argentina, 28-30 de octubre de 1996, París.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Ley Modelo de Competencia, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.
  - Fair Trade Commission, *The Antimonopoly Act Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices*, Tokio, Fair Trade Commission. 1991.
  - *Informe anual de competencia económica*, México. Comisión Federal de Competencia. 2004:
  - \_\_\_ *Competencia económica en México*, México, Editorial Porrúa. 2004.
  - \_\_\_ *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México. 2004.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 2003.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 2002.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 2001.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 2000.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 1999.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 1998.
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 1997
  - \_\_\_ *Informe anual de competencia económica*, México. 1996.
  - GÓMEZ SEGADÉ, J. A., “*La Regulación de la Libre Competencia la CEE*”, ADI, 1978, pp., 68 y 55.
  - Mueller, Dennis, *A Global Competition Policy for a Global Economy*, Nueva Cork, 1998.
  - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Complementarities Between Trade and Competition Policies*. Joint Group on Trade and Competition. 1999.
  - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. “*Report on Regulatory Reform: Regulatory Reform in Mexico*”, París. 2004.
  - ROLLER, L. H., STENNEK J. y VERBOVEN F. “*Efficiency gains from mergers*”, CEPR, Report for European Commission, DGII. 1999.

- ROSADA, T., “TELGUA”, Estudios Sociales, IV Época. N° 67, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. 2002.
- SEREBRISKY, T., “The Role of Advocacy in Competition Policy” – The Case of the Argentine Gasoline Market. Policy Research Working Paper 3130, World Bank Institute, Banco Mundial. 2003.
- SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA (SIECA), Sistema de Estadísticas de Comercio de Centro América, 2004 (<http://www.sieca.org.gt/SIECA.htm>).

## LEYES

- Ley Clayton.
- Le 12/1992, Art. 9.2, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.
- Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública, Art. 148.
- Ley de Competencia Desleal, 3/1991, 10 de Enero.
- Ley de Sociedades Anónimas, artículo 253.
- Ley del Consumidor. Decreto 776 del 31 agosto de 2005, publicado en el DO. n°. 166, Tomo 368, de fecha 08/09/2205.
- Ley de Competencia Desleal, 3/1991, 10 de Enero, Art. 6 al 17.
- Ley n°. 29, Panamá, Diario Oficial de la Federación del 24 de abril del 2003.
- Ley para la custodia de la competencia, Guatemala. 2004.
- Ley de Promoción de los Derechos de los Consumidores o Usuarios y de la Libre Competencia, Guatemala. 2001, “Decreto Número 96-2000.”
- Ley de la tarifa social para el suministro de energía eléctrica, Guatemala. 2000, “Decreto Número 114-97”, Ley del Organismo Ejecutivo, Guatemala. 1997.
- Tratado de Libre Comercio de los Países Centroamericanos-Estados Unidos.
- Capítulo Doce Servicios Financieros y Capítulo Trece Telecomunicaciones, Guatemala. 2004.

- Sentencia n.º 46 del 4 de junio de 2004, confirmada por la Corte Suprema de Justicia en febrero de 2005.

## SITIOS DE INTERNET

- [www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/](http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/) Reglamento (CIE) No 428/2005 del Consejo, de 10 de marzo de 2005, 18, mayo, 2007.
- [www.mtps.gob.sv/default.asp](http://www.mtps.gob.sv/default.asp), Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
- [www.sic.gov.co/conceptos](http://www.sic.gov.co/conceptos), Carmen Ligia Valderrama Pozas, industria y comercio, superintendencia, República Colombia.
- <http://www.bcv.org.ve/c1/abceconomico.asp> 2/6/2007
- <http://www.cervantesvirtual.com/FichaMateria.html?Ref=88131&idGrupo=estudiosCriticos>.
- <http://www.eumed.net> 16/6/2007
- [www.aportes.buap.mx/19ap2.pdf](http://www.aportes.buap.mx/19ap2.pdf) Revista de la Facultad de Economía-BUAP. Año VII. Núm. 19. 15/05/2007
- [www.dictionary.com](http://www.dictionary.com) Based on the Random House Unabridged Dictionary, Random House, Inc. 2006. 15/05/2007
- [www.mskousen.com](http://www.mskousen.com), MARK SKOUSEN, “*Economic Logic Skousen Publishing*”, Florida, EE.UU.
- [www.prensalibre.com/pl/2005/junio/16/116755.html](http://www.prensalibre.com/pl/2005/junio/16/116755.html). Prensa Libre, 16 de junio 2005. 106/2007
- [www.sep.gob.mx/work/apps/site/evaluación/PMRF/](http://www.sep.gob.mx/work/apps/site/evaluación/PMRF/) UDE DE LA SECOFI. 09/07/07.
- [www.unav.es/economía/intromicroeconomia/mic\\_conceptos\\_7\\_06.pdf](http://www.unav.es/economía/intromicroeconomia/mic_conceptos_7_06.pdf) 10/06/2007

## DIARIOS OFICIALES

- Diario Oficial da Uniao, 2/10/74, p. 11.256.
- CASES, Derecho Administrativo de la defensa de la Competencia,
- Madrid 1995. Diario Oficial da Uniao, 2/10/74, p. 11.256.



## Misión UJMD

Formar, por medio de la docencia, la proyección social y la investigación, profesionales capaces de integrarse y desarrollarse en un entorno nacional e internacional, con alta competencia, espíritu de investigación e innovación, sólida moralidad, profunda sensibilidad humana y clara visión del futuro.

## Visión UJMD

Tener consolidada y proyectada su excelencia académica, dentro de un proceso de acreditación permanente, nacional e internacional, manteniendo su liderazgo institucional y asegurando que sus graduados compitan exitosamente en un mundo globalizado.

