



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/RBP/INF.37
8 de marzo de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia

LA POLITICA Y LA LEGISLACION EN MATERIA DE COMPETENCIA

Boletín de Información N° 21

En la presente nota de la secretaría de la UNCTAD se ha procurado aclarar algunas cuestiones jurídicas relacionadas con la política de la competencia y se resumen las características básicas de la legislación en la materia.

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 6	4
LA NECESIDAD DE UNA POLITICA DE LA COMPETENCIA Y DE LEGISLACION EN LA MATERIA	1 - 6	4
La política de la competencia y la competitividad . .	1	4
La política de la competencia y la legislación en la materia	2 - 3	4
Legislación en materia de competencia y economías de escala	4	5
La legislación en materia de competencia y la inversión extranjera	5 - 6	5

INDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LEYES Y CONCEPTOS CONEXOS	7 - 18	6
A. Protección del consumidor	8	6
B. Regulación de los precios	9	6
C. Derechos de propiedad intelectual	10	6
D. Leyes comerciales	11	7
E. Inversión extranjera directa (IED)	12 - 15	7
F. Publicidad engañosa	16	8
G. Competencia desleal	17 - 18	8
II. DIVERSIDAD DE CONTENIDOS DE LAS LEYES EN MATERIA DE COMPETENCIA	19 - 49	11
A. Leyes en vigor y leyes en preparación	19	11
B. Control estructural frente a control del comportamiento	20	12
C. Terminología y estructura básicas de las leyes en materia de competencia	21 - 22	12
i) Objetivos	23	13
ii) Definiciones	24 - 27	14
iii) Alcance de la aplicación de la ley	28 - 30	15
iv) Exenciones y excepciones	31	15
D. Prácticas prohibidas: prácticas horizontales y verticales	32 - 37	17
E. Control de las fusiones	38 - 40	18
F. Protección de los consumidores	41 - 42	19

G.	El organismo de defensa de la competencia	43 - 44	19
H.	Sanciones	45 - 46	19

INDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>		<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I.	Daños	47	20
J.	Acciones populares	48	20
K.	Procedimientos de apelación	49	20
III.	PROCEDIMIENTOS BASICOS PARA INVESTIGAR LAS PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS O LAS FUSIONES	50 - 65	21
A.	Comienzo de una investigación	51 - 57	21
	i) Fuentes de investigación	51 - 52	21
	ii) Evaluación preliminar del asunto	53 - 54	21
	iii) Análisis del mercado	55 - 57	22
B.	La búsqueda de pruebas	58 - 62	23
	i) Registro de locales	58	23
	ii) Envío de cuestionarios a las empresas	59	24
	iii) Anuncios en publicaciones periódicas	60	24
	iv) Celebración de audiencias	61	24
	v) Medidas cautelares	62	24
C.	Resoluciones, sanciones y reparaciones	63 - 65	24

Anexos

1.	Enumeración de los argumentos que se suelen aducir para oponerse a la adopción de leyes sobre la competencia	27
2.	Dificultades y limitaciones con que suelen enfrentarse los organismos de defensa de la competencia	28

Introducción

LA NECESIDAD DE UNA POLITICA DE LA COMPETENCIA Y DE LEGISLACION EN LA MATERIA

La política de la competencia y la competitividad

1. La política de la competencia tiene una connotación más amplia que la legislación en la materia, ya que esta última es un medio de poner fin a la política de la competencia. Otro aspecto terminológico es la diferencia entre la competencia y la competitividad. A veces se dice que las economías competitivas no necesitan una política de la competencia ni una legislación en la materia. Por ejemplo, en los países que están efectuando reformas orientadas al mercado, al principio se creyó que bastaría con abrir el mercado interno a la competencia de las exportaciones para crear mercados competitivos sin perturbaciones. Algunos países con sectores centrados en competir en los mercados internacionales que han tenido mucho éxito no han considerado necesario adoptar leyes sobre la competencia para asegurar la competitividad en esos mercados; en vez de ello, han abordado prácticas concretas contrarias a la competencia regulando sectores específicos y algunas actividades como las compras del sector público (para evitar las licitaciones colusorias). Sin embargo, bajo la presión de la liberalización y globalización del mercado, está aumentando rápidamente el número de países que admiten que la política de la competencia, y por ende, la legislación en la materia, es un elemento indispensable de la competitividad de las naciones. Esto también se reconoce en general en el Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado en 1980 por la Asamblea General de las Naciones Unidas 1/.

La política de la competencia y la legislación en la materia

2. También se ha dicho que, en vista del costo de introducir mecanismos de control de la competencia (legislación y un organismo de defensa de la competencia), y en vista de las dificultades que plantea aplicar correctamente esos complejos conceptos, quizás sea preferible evitar por completo los controles y dejar que las fuerzas del mercado, a la larga, resuelvan las limitaciones temporales de la competencia. Además, quienes ven con escepticismo la política de la competencia en los países desarrollados, en ocasiones también han dicho que esos conceptos complejos son aún más peligrosos si se introducen en países en desarrollo o en países menos adelantados. Con todo, conviene señalar que una política de la competencia sin una legislación efectiva sobre el particular es como un automóvil sin motor. Incluso si en los primeros años la legislación en materia de competencia se aplica gradualmente, hay un proceso indispensable de aprendizaje que lleva tiempo. En el caso de muchos países en desarrollo y ex economías centralmente planificadas los conceptos de la competencia son muy nuevos. Hace falta tiempo y capacitación para cambiar la mentalidad y crear una "cultura de la competencia". Por consiguiente, las primeras

medidas de los recién establecidos organismos de defensa de la competencia, suelen ser de carácter esencialmente educativo por lo que respecta al comportamiento de los círculos comerciales y de los consumidores.

3. Además, el propio proceso legislativo es evolutivo. Incluso los países desarrollados han modificado y mejorado periódicamente sus leyes de competencia. Los países en desarrollo tienen que pasar por un "proceso de aprendizaje" parecido. Pero, si se pretende que las reformas económicas orientadas al mercado tengan posibilidades de éxito, hace falta una política de la competencia, y esa política requiere una legislación en la materia y un organismo que se encargue de supervisar su aplicación.

Legislación en materia de competencia y economías de escala

4. Debido al tamaño del mercado y a las economías de escala en determinadas situaciones puede ser necesario que haya una única empresa. Sin embargo, en el caso de los bienes y servicios objeto de comercio, a causa de la liberalización del mercado y del cambio tecnológico pueden dejar de existir los motivos que justifican la mayoría de los monopolios o pueda suceder que el "mercado pertinente" pase del mercado interno al mercado mundial, transformando de este modo un monopolio nacional en un único proveedor nacional al mercado mundial, y así, gracias a la liberalización del comercio, desaparece la situación de monopolio.

La legislación en materia de competencia y la inversión extranjera

5. A veces también se dice que la legislación en materia de competencia puede desalentar la inversión extranjera. Sin embargo, si se aplican seriamente las políticas de la competencia y si hay una legislación efectiva en materia de competencia que se aplica en forma justa y no discriminatoria se dan seguridades a las empresas extranjeras de que se las tratará de la misma manera que en su mercado de origen y de que no tendrán que hacer frente a prácticas comerciales restrictivas por parte de los competidores locales, públicos o privados.

6. En el anexo 1 de la presente nota se enumeran varios de los argumentos que se suelen aducir en contra de la adopción de una legislación en materia de competencia. En el anexo 2 se exponen algunas de las dificultades y las limitaciones con que suelen enfrentarse los organismos de defensa de la competencia. Independientemente de esos argumentos y dificultades, en la presente nota se ha procurado aclarar las cuestiones jurídicas relacionadas con la política de la competencia con miras a convencer al lector de la necesidad de que todos los países adopten una legislación en la materia para aplicar una política de la competencia. En el capítulo I se ha tratado de aclarar la relación entre las leyes sobre la competencia y otras leyes y conceptos, como la inversión extranjera directa, el comercio desleal, las normas de propiedad intelectual, la protección del consumidor, etc.; en el capítulo II se exponen en forma pormenorizada la estructura y el contenido básicos de toda ley en materia de competencia y en el capítulo III se

describen de la forma más pragmática posible los procedimientos básicos para investigar las prácticas comerciales restrictivas o controlar las fusiones.

Capítulo I

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LEYES Y CONCEPTOS CONEXOS

7. De una forma u otra la legislación en materia de competencia guarda relación con otras leyes y conceptos, como las leyes comerciales, las normas sobre la inversión extranjera directa y las normas sobre la propiedad intelectual. Las normas sobre la protección del consumidor, la competencia desleal o el comercio desleal y la publicidad engañosa, así como la regulación de los precios, también pueden contener objetivos o disposiciones comunes o parecidos a los de la legislación en materia de competencia. Sin embargo, un conocimiento vago de una terminología a menudo confusa puede dar lugar a equívocos. En cierta medida, los países que no tienen una legislación concreta en materia de competencia pueden recurrir a leyes conexas que abarcan algunos aspectos de la legislación en materia de competencia, pero en las que también se observan diferencias fundamentales.

A. Protección del consumidor

8. Muchos países en desarrollo adoptan una legislación sobre protección del consumidor antes o al mismo tiempo que la legislación en materia de competencia. Como su nombre indica, el objetivo de esas leyes es proteger la seguridad, la salud y el interés económico de los consumidores, mientras que la legislación en materia de competencia tiene por finalidad directa promover la competencia y la eficiencia en la economía y sólo defiende los intereses económicos de los consumidores de forma indirecta. Sin embargo, como puede apreciarse en el gráfico 1, a veces la legislación en materia de competencia incluye disposiciones concretas sobre la protección del consumidor, como la prohibición de prácticas comerciales desleales (India) y la obligación de indicar el precio (Francia).

B. Regulación de los precios

9. En algunas leyes nacionales hay disposiciones relativas a las prácticas comerciales restrictivas y a la regulación de los precios. Como resultado de las reformas económicas y de la liberalización de los precios, muchos países han ido eliminando la regulación administrativa de los precios y han reemplazado ese sistema por una ley moderna sobre la competencia (por ejemplo, Noruega, Suecia, Francia, Tailandia), aunque en algunas leyes sobre la competencia todavía se prevé la posibilidad de regular los precios en situaciones excepcionales (por ejemplo, en Francia). Además, en todas las leyes sobre la competencia se prohíben las prácticas de imposición de precios de reventa o de fijación de precios.

C. Derechos de propiedad intelectual

10. Los derechos de propiedad intelectual, incluidas las patentes, el derecho de autor, los dibujos y modelos industriales y las marcas, de hecho conceden al propietario de un derecho de propiedad intelectual (inventor o comprador)

un monopolio. A primera vista, esas leyes parecen estar en contradicción directa con las leyes sobre la competencia, que luchan contra los monopolios. No obstante, si se analizan más a fondo se llega a la conclusión de que de no haber derechos de propiedad intelectual se desalentaría la inversión en actividades de investigación y desarrollo (I+D) y se reducirían las innovaciones, que son uno de los principales beneficios resultantes de la competencia. De ahí la necesidad de que haya derechos de propiedad intelectual, que en realidad se consideran pro competitivos, ya que así se alentará a las empresas que disfrutan de esa protección a que inviertan en actividades de investigación y desarrollo. Sin embargo, se pueden imponer limitaciones, incluidas las principales prácticas comerciales restrictivas, mediante el procedimiento de concesión de licencias de un derecho de propiedad intelectual. Las marcas se pueden utilizar para cerrar y monopolizar determinados mercados. Las opiniones respecto de la línea divisoria entre los derechos de propiedad intelectual que propician la competitividad y los derechos que son abusivos y contrarios a la competencia difieren. Es preciso seguir estudiando las opiniones respecto de esta línea divisoria entre la legislación en materia de competencia y los derechos de propiedad intelectual.

D. Leyes comerciales

11. En general, las leyes comerciales están estrechamente relacionadas con las leyes sobre la competencia, ya que tienen importantes efectos sobre la competencia. En principio, se justifica prohibir el dumping, que es el equivalente en el comercio internacional de la fijación abusiva de precios, por ser contrario a la competencia. Sin embargo, la aplicación de las normas antidumping puede tener importantes efectos contrarios a la competencia. Por ejemplo, en algunos casos, una medida antidumping puede hacer que se cierren mercados locales a la competencia exterior y puede reforzar el predominio local de unas pocas empresas o de un cártel. Las subvenciones pueden perturbar la competencia y los derechos compensatorios también pueden tener efectos contrarios a la competencia. Se suele considerar que tanto el dumping como las subvenciones son prácticas "comerciales desleales". Las salvaguardias también pueden hacer que se cierren mercados a la competencia de las importaciones. En cambio, la ley sobre la competencia prohíbe (o exceptúa) los cárteles de importación y exportación que tienen efectos directos sobre el comercio. También cabría imaginar una aplicación discriminatoria de la legislación en materia de competencia que provocara un cierto grado de proteccionismo y tuviera efectos adversos sobre el comercio.

E. Inversión extranjera directa (IED)

12. Las normas en materia de competencia y en materia de IED están relacionadas por más de un motivo. En primer lugar, las normas que restringen la IED y que, por ejemplo, imponen requisitos sobre el contenido local o requisitos mínimos de exportación, tal como existían hasta que la mayoría de estas normas se liberalizaron a fines del decenio de 1980, se

utilizaban como medio de regular la conducta de las empresas transnacionales que operaban en un país mediante el establecimiento de una filial.

13. Además, las normas sobre inversión extranjera directa en virtud de las que se conceden exoneraciones temporales de impuestos, condiciones especiales para las importaciones de insumos, etc., crean condiciones anticompetitivas para las empresas locales que no se benefician de ellas.

14. En tercer lugar, las fusiones y adquisiciones de empresas locales por entidades extranjeras pueden crear situaciones de monopolio o empresas dominantes. Sobre todo en los países en que las restricciones de la IED se han ido relajando, puede que las normas en materia de competencia, aplicadas de una forma totalmente no discriminatoria, sigan siendo la mejor forma de hacer frente a los posibles efectos adversos de la IED.

15. Por último, como ya se ha dicho, la legislación en materia de competencia se aplica a todas las empresas que operan en el territorio nacional, incluidas las filiales de empresas extranjeras. Con esto, se debería poder evitar que los cárteles locales o los acuerdos verticales restrictivos boicoteen a las empresas extranjeras y, a la inversa, se debería poder garantizar que las empresas extranjeras no traigan consigo hábitos de licitación colusoria y otras limitaciones al comercio, incluido el abuso de una posición dominante en el mercado.

F. Publicidad engañosa

16. En algunos países hay leyes de comercialización concretas y en otros se adoptan leyes contra la publicidad engañosa, protegiendo de este modo al consumidor y propiciando la competitividad, ya que los círculos comerciales pueden competir de forma "desleal" publicando afirmaciones y anuncios engañosos.

G. Competencia desleal

17. El concepto de competencia desleal se presta a equívocos, ya que es fácil confundirlo con la ley de la competencia (antimonopolios), pero en realidad abarca otros muchos conceptos, incluida la metrología (pesos y medidas), las declaraciones falsas y la publicidad engañosa, así como la falsificación de marcas o la infracción de otros derechos de propiedad intelectual. El concepto de "competencia desleal" puede llegar a estar en completa contradicción con la ley y la política en materia de competencia. Por ejemplo, los importadores paralelos pueden ser acusados de "competencia desleal" o comercio "desleal" porque no respetan la segmentación del mercado obtenida gracias a la aplicación de las normas sobre marcas, cuando en realidad esta práctica puede ser contraria a la competencia e infringir la ley de la competencia. En casos extremos ha llegado a suceder que miembros de un cártel se quejaran de que entidades externas al cártel competían de forma "desleal", cuando en realidad el propio cártel estaba en clara violación de la ley de la competencia.

18. En el gráfico 1 se ha tratado de demostrar la relación entre estas leyes y conceptos diferentes (y a veces contradictorios). En todo caso, como ya se ha dicho, actualmente hay un consenso cada vez mayor en todos los países en el sentido de que no se puede aplicar una política de competencia efectiva sin adoptar una ley específica en la materia. La ley entraña la creación de un organismo de defensa de la competencia, con las facultades necesarias para remediar las limitaciones contrarias a la competencia y asesorar a los poderes públicos acerca de la posibilidad de que otras leyes restrinjan también la competencia.

Gráfico 1 (conclusión)

Gráfico 1

La relación entre la legislación en materia de competencia y otras leyes y conceptos

	Competencia	Leyes comerciales	Inversión extranjera directa (IED)	Derechos de propiedad intelectual (DPI)	Protección del consumidor	Competencia desleal/comercio desleal	Regulación de los precios
Competencia		Cárteles de exportación Aplicación proteccionista o discriminatoria de la legislación en materia de competencia	Fusiones/adquisiciones Abuso de una posición dominante de poder en el mercado Cárteles de IED Prácticas comerciales restrictivas de las empresas locales	Prohibición de las prácticas comerciales restrictivas en los procedimientos de concesión de licencias	Prohibición de las prácticas comerciales desleales Obligación de indicar los precios	Aplicación discriminatoria de la legislación en materia de competencia	Liberalización de los precios Prohibición de la imposición de precios de reventa
Leyes comerciales	Medidas antidumping Subvenciones		Incentivos a la exportación, subvenciones a la IED	Comercio de mercancías falsificadas	Reglamentos de seguridad Protección de la salud Normas fitosanitarias	Medidas antidumping Derechos compensatorios Utilización de las marcas para prohibir las importaciones paralelas Limitaciones voluntarias de las exportaciones	Fijación administrativa de los precios de las importaciones
Inversiones (IED)	Los incentivos a la IED, como la exoneración temporal de los impuestos o la concesión de un monopolio a la IED, que pueden restringir la competencia	Requisitos sobre el contenido local MIC		Registro de marcas y otros derechos de propiedad intelectual en favor de la IED			

	Competencia	Leyes comerciales	Inversión extranjera directa (IED)	Derechos de propiedad intelectual (DPI)	Protección del consumidor	Competencia desleal/comercio desleal	Regulación de los precios
Derechos de propiedad intelectual	Utilización de marcas para impedir las importaciones paralelas	Limitaciones de la importación de marcas Restricciones al comercio resultantes de los acuerdos de concesión de licencias	Licencias y regalías en las transacciones entre las empresas matrices y sus filiales		Marcas Indicación de origen	Marcas Derechos de autor Dibujos y modelos industriales Patentes Normas de origen	Imposición de precios de reventa y regulación de los precios como resultado de los derechos de propiedad intelectual
Leyes de protección del consumidor	Publicidad engañosa Declaraciones falsas	Normas de salud y seguridad	Prohibición de las importaciones de mercancías de venta prohibida en el país de origen	Normas de origen Normas técnicas		Publicidad engañosa Pesos y medidas (metrología)	Prohibición del acaparamiento y otras formas de manipular los precios
Comercio desleal o leyes de competencia desleal	Disposiciones que a veces se encuentran en la legislación en materia de competencia	Medidas antidumping Subvenciones Normas de origen	Fijación de precios abusivos para los insumos y la tecnología en las relaciones entre empresas matrices y sus filiales	Comercio de mercancías falsificadas	Acaparamiento Comportamientos predatorios Ventas en pirámide Ventas con precios engañosos Declaraciones falsas y publicidad engañosa		Subvenciones a la exportación <u>Dumping</u>
Regulación de los precios	En casos excepcionales, cuando la legislación en materia de competencia no es eficiente (por ejemplo, aumentos enormes de los precios de bienes esenciales como el petróleo)	Exportaciones subvencionadas	Puede o bien subvencionar la IED (si los precios de los insumos son bajos) o entorpecerla (si los precios de los insumos son altos)	Concesión obligatoria de licencias Regulación administrativa de las condiciones de concesión de licencias, regalías y ventas	Precios bajos y subvención de los artículos de primera necesidad	Exportaciones subvencionadas	

Capítulo II

DIVERSIDAD DE CONTENIDOS DE LAS LEYES EN MATERIA DE COMPETENCIA

A. Leyes en vigor y leyes en preparación

19. En la actualidad, todos los países desarrollados (OCDE) tienen en vigor leyes en materia de competencia. Además, los países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo aplican reglamentos en materia de competencia a las transacciones comerciales entre los Estados miembros. Estos últimos años, un número cada vez mayor de países en desarrollo y de países en transición han dictado también leyes análogas. En 1995 los países y territorios en desarrollo siguientes tenían en vigor o estaban preparando leyes de este carácter:

América Latina y el Caribe	Africa	Asia y región del Pacífico
Argentina	Kenya	China
Brasil	Gabón	Fiji
Bolivia*	Ghana*	Filipinas*
Chile	Marruecos*	India
Colombia	Sudáfrica	Indonesia*
Costa Rica	Túnez	Malasia*
El Salvador*	Zambia	Pakistán
Guatemala*	Zimbabwe*	Provincia china de Taiwán
Jamaica		República de Corea
Panamá		Sri Lanka
Paraguay*		Tailandia
Perú		
Trinidad y Tabago*		
Venezuela		

* Ley en materia de competencia en preparación.

Del grupo de los países en transición, la Federación de Rusia, Hungría, Lituania, Polonia, la República Checa y otros miembros de la CEI, entre ellos Belarús, Georgia y Ucrania, han puesto en vigor legislación en materia de competencia (antimonopolio). Un compendio de estas leyes, junto con los

comentarios correspondientes, se pone periódicamente al día en el Manual de legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de la UNCTAD.

A continuación se indican los textos ya publicados:

Leyes en materia de competencia de los países siguientes	Referencia del documento
Francia, República de Corea	TD/B/RBP/42
Dinamarca, España, Estados Unidos, Polonia	TD/RBP/CONF.3/5
Chile, Portugal, Sri Lanka	TD/B/RBP/49
Canadá, Suecia	TD/B/RBP/58
Alemania, Finlandia	TD/B/RBP/71
Pakistán	TD/B/RBP/33
Kenya	TD/B/RBP/58/Add.1
Brasil, Noruega	TD/B/RBP/82
Reino Unido	TD/B/RBP/87
Bélgica	TD/B/RBP/87/Add.1
Italia, Jamaica, Venezuela	TD/B/RBP/94
Eslovaquia, Lituania, México, Zambia	TD/RBP/CONF.4/3

B. Control estructural frente a control del comportamiento

20. Casi todas las leyes regulan el comportamiento de las empresas mediante disposiciones contra las prácticas comerciales restrictivas horizontales (cárteles) y mediante disposiciones contra el ejercicio abusivo de una posición dominante en el mercado con el empleo de prácticas comerciales restrictivas verticales. Las medidas estructurales versan principalmente sobre el control de las fusiones; la finalidad es evitar que se creen empresas o monopolios dominantes por medio de la concentración de poder de mercado; sin embargo, algunas leyes (entre ellas las de los Estados Unidos) dan la posibilidad de decretar la liquidación de las empresas dominantes a fin de modificar la estructura de los mercados.

C. Terminología y estructura básicas de las leyes en materia de competencia

21. Como se describe de manera mucho más detallada en el comentario sobre una ley tipo o leyes tipo (véase el documento TD/B/RBP/81/Rev.4 de la UNCTAD), las clases de leyes y sistemas en materia de competencia son múltiples y diferentes. Incluso los títulos de las leyes difieren considerablemente. La primera ley en materia de competencia fue una ley canadiense, la Combines Act de 1889, seguida por las leyes antimonopolio de los Estados Unidos (Sherman Act de 1890). En el Reino Unido y en los países que siguen el modelo británico se pusieron en vigor después de 1947 leyes sobre las prácticas comerciales restrictivas y sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas. En el decenio de 1970 la OCDE, y luego la UNCTAD, adoptaron el término de ley en materia de prácticas comerciales restrictivas,

pero más recientemente se ha preferido el de ley sobre la competencia. Los países en transición han utilizado para sus textos la denominación de leyes antimonopolio. Independientemente de las distintas denominaciones, la estructura básica de todas las leyes sobre la competencia es la misma en términos generales y estas leyes suelen regular los aspectos siguientes:

Estructura básica de una ley en materia de competencia

Objetivos
Definiciones
Ambito de aplicación
Exenciones y excepciones
Prácticas prohibidas: horizontales y verticales
Control de las fusiones
Organismo de defensa de la competencia
Sanciones
Procedimiento de recurso

22. Aun cuando estos últimos años se han puesto de manifiesto algunas tendencias convergentes, es necesario indicar claramente desde el principio que una ley en materia de competencia es una ley que se dicta específicamente para un país determinado en función de diversos factores, entre ellos el sistema judicial y las costumbres, la cultura comercial, el tamaño del mercado, el nivel de desarrollo, etc., de ese país. A continuación se describen las principales diferencias.

i) Objetivos

23. A lo largo del tiempo los objetivos han sido múltiples y figuran entre ellos realizar una asignación óptima de los recursos, evitar una concentración indebida de poderío económico en unos pocos, luchar contra la inflación y proteger los intereses de los consumidores, así como otros conceptos amplios, definidos en términos generales, entre ellos el del interés público. Fundamentalmente, la tendencia más reciente es la de defender y promover la competencia, quedando entendido que, con esta finalidad, la ley promoverá una asignación eficiente de los recursos en la economía, lo que dará el mejor resultado posible en cuanto a calidad, precios bajos 2/ y suministros adecuados a los consumidores.

Objetivos de una ley en materia de competencia

1. Promover la competencia, lo que garantiza un funcionamiento eficiente y una asignación óptima de los recursos en beneficio de los consumidores, los usuarios de productos intermedios y la economía en conjunto.
2. Estimular la innovación.
3. Controlar la concentración de poderío económico.

4. Garantizar una distribución equitativa de los ingresos.
5. Luchar contra la inflación.
6. Garantizar el pleno empleo.
7. Defender el "interés público".

Tendencias de las leyes modernas

1. Promover la competencia.
2. Acrecentar al máximo la eficiencia económica.

ii) Definiciones

24. En muchos casos, las prácticas comerciales restrictivas no se definen en la legislación, sino que suelen enumerarse más bien algunas prácticas concretas de manera no exhaustiva. Por lo general, se entiende que el término empresas comprende todas las compañías, empresas transnacionales, sus sucursales y filiales, las empresas pequeñas y medianas y las empresas propiedad del Estado que desarrollan una actividad comercial o de negocio. Se entiende por lo común que un monopolio es el abastecedor único de un mercado determinado. Sin embargo, en algunas legislaciones se utilizan los términos monopolio o monopolización en un sentido análogo al de "empresa dominante".

25. Las definiciones de empresa dominante o de empresa que goza de una posición dominante en un mercado varían de un país a otro, pero la idea básica es la de que una empresa dominante es una empresa que puede controlar el "mercado pertinente" en el que opera. Se consigue este objetivo cuando la empresa dominante puede fijar sus precios y condiciones de venta sin oposición por parte de sus competidores. En el mercado están presentes otros abastecedores, pero éstos se ajustan meramente a las decisiones de la empresa dominante en materia de precios. Es ésta la que fija los precios. Algunas leyes enuncian el concepto de "dominio conjunto", en cuyo caso existe una posición dominante gracias a la cual una empresa, por sí misma o junto con otras pocas empresas, está en condiciones de controlar el mercado. En los párrafos 55 a 57 del capítulo III de la presente nota se hace una descripción detallada de los procedimientos utilizados por la mayoría de los órganos encargados de regular la competencia para definir el mercado pertinente y determinar si una empresa ocupa una posición dominante en el mercado.

26. Es de señalar, sin embargo, que el hecho de ser meramente una empresa dominante no es por sí mismo una vulneración de la mayoría de las leyes en materia de competencia. La finalidad de la mayoría de las leyes en materia de competencia es impedir que las empresas dominantes se aprovechen de su

poder de mercado para hacer uso abusivo de su posición dominante mediante el empleo de prácticas que restringen la competencia. (Esta circunstancia se examinará más detalladamente en el contexto de las prácticas comerciales restrictivas verticales.)

27. Teniendo presente el peligro de que las empresas dominantes (o los monopolios) limiten la competencia, las leyes en materia de competencia suelen condenar la existencia de posiciones de dominio en el mercado y también las fusiones, adquisiciones o empresas mixtas que crean un monopolio. (Esta circunstancia se examinará con mayor detenimiento más adelante, en el contexto del control de las fusiones.)

iii) Alcance de la aplicación de la ley

28. Como se ha indicado antes, todas las empresas que desarrollan una actividad comercial, sean privadas, públicas o de otro carácter, se rigen por lo común por la legislación moderna en materia de competencia (salvo los casos de exención; véase más adelante).

29. La ley regula todas las transacciones de bienes y servicios. Regula también la actividad de los particulares, por ejemplo, los que ejercen una profesión liberal. (Por ejemplo, en algunos países los "códigos de ética" de médicos y abogados que no autorizaban la publicidad han quedado actualmente prohibidos por ser contrarios a la competencia.) Sin embargo, son siempre objeto de exención la negociación colectiva y los sindicatos.

30. El ámbito de aplicación de casi todas las leyes en materia de competencia es el territorio nacional y no rigen fuera de las fronteras nacionales. Unas pocas leyes, en particular las de los Estados Unidos, son de aplicación extraterritorial. Aun cuando ello queda relativamente limitado por consideraciones de "solidaridad" (esto es, porque se tienen presentes los intereses soberanos de otras naciones con los que puede entrar en conflicto la aplicación extraterritorial de la jurisdicción), la aplicación extraterritorial de las leyes plantea a menudo problemas con otros países que defienden su soberanía nacional.

iv) Exenciones y excepciones 3/

31. Como resultado de la desregulación, ha tendido a disminuir el número de sectores específicos regulados, que daban lugar a excepciones y exenciones a la aplicación de la legislación sobre la competencia. Sin embargo, hasta muy recientemente existían muchas exenciones y excepciones respecto de la legislación de la competencia, y todavía se aplican algunas de ellas:

- Los actos soberanos del Estado no están comprendidos en la legislación sobre la competencia. En otras palabras, en cualquier Estado el poder legislativo puede promulgar una ley que restrinja la competencia.

También puede suceder que se firme un tratado o un acuerdo internacional con efectos anticompetitivos (véase la disposición B.9 del Conjunto de principios y normas según la cual las prohibiciones estipuladas en el Conjunto no son de aplicación a los acuerdos intergubernamentales). No obstante, la tendencia reciente es a aumentar las funciones de defensa de los organismos encargados de la competencia, a quienes de conformidad con la legislación en la materia corresponde la labor de asesorar a la administración del Estado en cuestiones relativas a la competencia para evitar que se promulguen leyes que restrinjan innecesariamente la competencia.

- Tradicionalmente la legislación sobre la competencia no abarca los mercados de trabajo (sindicatos), las negociaciones salariales colectivas y la determinación de las condiciones de empleo.
- Entre los sectores regulados que siguen no entrando en el ámbito de la legislación sobre la competencia, a pesar de la desregulación, suelen figurar la agricultura, la extracción de petróleo, la minería y los monopolios "naturales", como los servicios postales y los servicios públicos. En algunos países también está exenta la industria de la defensa. Sin embargo, la desregulación ha reducido acentuadamente en muchos países la protección de algunos sectores de servicios, como la banca, los seguros, el transporte marítimo, el transporte aéreo, etc.
- Los servicios públicos y los monopolios "naturales". Durante mucho tiempo se pensó que la competencia no era posible en determinados sectores, como el servicio postal, la electricidad, el gas, el suministro de agua, los autobuses urbanos, etc., que constituían monopolios "naturales". No obstante, como resultado del cambio tecnológico, la amplitud de los monopolios "naturales" también ha comenzado a reducirse, por ejemplo en el caso de la televisión por cable, los teléfonos móviles, etc. En los países más avanzados en lo referente al establecimiento de la competencia en sectores regulados, como el Reino Unido, por ejemplo, los monopolios se han reducido en la mayor medida posible, incluso mediante la privatización y cesión de servicios que no se consideran monopolios "naturales". (Por ejemplo, la distribución de gas la realizan ahora empresas en régimen de competencia y el único servicio que sigue siendo un monopolio "natural" es la red de conducción.) Al mismo tiempo, se encomienda al organismo de defensa de la competencia o al organismo reglamentario la vigilancia de las operaciones de los monopolios subsistentes para conseguir que su poder dominante no rebase el sector monopolístico e invada otros sectores donde debe reinar la competencia. En algunos países, se han establecido órganos reglamentarios especiales (como OFTEL, OFFAS, etc., en el Reino Unido) para supervisar las

actividades de los servicios públicos privatizados y asegurar que su funcionamiento responda a las normas de la competencia.

- Otro tipo de exención se refiere a las pequeñas y medianas empresas (pymes) para las cuales se establece con frecuencia un umbral (generalmente un 5% del mercado considerado) por debajo del cual se consideran insignificantes los posibles efectos contrarios a la competencia. Esas empresas tienen la posibilidad de cooperar entre ellas (mediante acuerdos horizontales o verticales) si de esa manera pueden aumentar en el mercado su poder compensatorio respecto de las grandes empresas (en Alemania, por ejemplo) y con ello incrementar la competencia en un determinado mercado.
- En vista de las enormes inversiones en investigación y desarrollo que son necesarias para crear determinados productos, también son objeto de exenciones las empresas comunes de investigación y desarrollo en muchos países (como los Estados Unidos y la Unión Europea).
- Los acuerdos de distribución específicos (automóviles, perfumes) son objeto de "exenciones por categorías" en la Unión Europea, siempre que reúnan determinadas condiciones y se notifiquen a la Comisión.
- Los cárteles de exportación y las "empresas conjuntas de exportación" cuyos efectos no se hagan en principio sentir en el mercado interior están con frecuencia exentos en virtud de la ley (Estados Unidos, Reino Unido, "cárteles de exportación puros" en Alemania) después de haberse notificado al organismo de defensa de la competencia. En muchos países la legislación sobre la competencia simplemente no se ocupa de los cárteles de exportación cuando no tienen efectos en el mercado interior, por lo que esos cárteles no requieren notificación pues la ley sólo se aplica al mercado interior.
- La ley autoriza en algunos países (Alemania, Japón) cárteles de racionalización, de crisis y de recesión, en el supuesto de que desaparezcan cuando la causa de su autorización ya no sea válida.

D. Prácticas prohibidas: prácticas horizontales y verticales

32. Es importante señalar que los tipos de prohibición varían de un país a otro. El tipo de prohibición más severo es la prohibición per se, sobre todo en los Estados Unidos en el caso de las prácticas comerciales restrictivas horizontales, como los acuerdos de fijación de precios, los acuerdos de asignación de mercados y las licitaciones colusorias o la manipulación de las licitaciones. Los acuerdos horizontales no pueden autorizarse nunca y cuando se descubre su existencia son objeto de una impugnación automática.

El enfoque intrínseco han tendido a utilizarlo muchos países respecto de las licitaciones colusorias o manipulación de las licitaciones.

33. Sin embargo, con la excepción del caso de la manipulación de las licitaciones, se emplea un enfoque relativamente más flexible respecto de las prácticas comerciales restrictivas horizontales en otros países, como la Unión Europea, que recurre a un enfoque de prohibición en principio. En otras palabras, el artículo 85 del Tratado de Roma prohíbe los acuerdos de fijación de precios y los acuerdos de asignación de mercados, pero inmediatamente prevé la posibilidad de conceder una exención (párr. 3, art. 85) si los beneficios de la limitación son superiores al perjuicio para la competencia y si los consumidores consiguen una participación sustantiva en los beneficios (por lo que se refiere al mejoramiento de los canales de distribución, el incremento de la calidad y el fomento del progreso técnico, por ejemplo). En otras legislaciones el enfoque es aún más flexible. Por ejemplo, en algunos países los cárteles sólo tienen que notificarse y registrarse, y en caso de reclamación se considera que sólo las conductas abusivas que se consideran contrarias al "interés público", definido éste de forma general deben ser objeto de medidas correctivas. Después de una investigación, el Ministro puede aceptar (o rechazar) las recomendaciones del organismo de defensa de la competencia y, como consecuencia, el Ministro puede prohibir las prácticas consideradas. Con posterioridad, sólo en caso de quebrantamiento de esa prohibición los tribunales pueden imponer multas.

34. Existen aun otros enfoques más permisivos que no exigen la notificación sino que el organismo de defensa de la competencia puede, después de investigar un abuso, recomendar a la autoridad competente (el Ministro) que prohíba la restricción.

35. Como de vez en cuando la legislación nacional en materia de competencia es objeto de cambios, la tendencia ha sido modificar las legislaciones permisivas para adoptar enfoques más estrictos, análogos a las normas de la Unión Europea o la legislación antitrust de los Estados Unidos.

36. Generalmente los acuerdos verticales reciben un trato más benévolo que los acuerdos horizontales y las licitaciones colusorias, por ejemplo en los Estados Unidos donde, con la excepción de la fijación de precios de reventa que está totalmente prohibida, el criterio del carácter razonable se aplica a todos los demás tipos de prácticas comerciales restrictivas verticales, que deben juzgarse caso por caso.

37. La fijación de precios de reventa está prohibida en la mayoría de los países, mientras que las opiniones son contradictorias en lo referente a los "precios recomendados", que están prohibidos en algunos países pero autorizados en otros. Sin embargo, algunos sectores, como las publicaciones y los productos farmacéuticos, suelen estar exentos. En la mayoría de los países, las prácticas verticales distintas de la fijación de precios de

reventa sólo están prohibidas si las imponen monopolios o empresas dominantes.

E. Control de las fusiones

38. Como las fusiones, absorciones y empresas comunes pueden dar lugar a una concentración excesiva de poder en el mercado (creación de empresas dominantes o de un monopolio), son generalmente objeto de un detenido examen por parte de los organismos de defensa de la competencia.

39. En muchos países existen leyes especiales para el control de las fusiones. En algunos países, si bien existe legislación sobre la competencia, no se ha establecido un control sobre las fusiones. Sin embargo, la tendencia es incluir el control de las fusiones en la legislación sobre la competencia.

40. Con el fin de evitar una carga innecesaria a la comunidad comercial y al organismo de defensa de la competencia, generalmente se exige una notificación previa a la fusión para las empresas cuyo tamaño exceda de un umbral establecido. Algunas autoridades encargadas del control tienen la facultad de prohibir las fusiones cuando puedan originar una situación de poder en el mercado y también, en algunos países (pero muy raras veces), pueden ordenar la disolución de las fusiones cuando hayan tenido lugar antes de que las autoridades pudiesen adoptar medidas.

F. Protección de los consumidores

41. Muchas leyes en materia de competencia contienen disposiciones específicas sobre la protección del consumidor, que generalmente figuran en medidas legislativas separadas. Si bien en algunos países la aplicación de la ley específica de protección del consumidor corresponde al mismo organismo que se encarga de supervisar la aplicación de la ley sobre la competencia, en otros países las leyes sobre la competencia contienen un capítulo dedicado a la cuestión de la protección del consumidor.

42. Entre las disposiciones específicas de protección del consumidor, con frecuencia tituladas "prácticas comerciales desleales", figuran principalmente la prohibición del acaparamiento, las indicaciones que pueden inducir a error, las declaraciones falsas y la publicidad engañosa, la obligación de señalar los precios en las tiendas (para aumentar la transparencia de los precios y con ello la competencia) y la prohibición de recurrir a técnicas de comercialización particulares, tales como la venta con precios engañosos 4/ y la venta en pirámide 5/.

G. El organismo de defensa de la competencia

43. En general, todas las leyes en materia de competencia prevén el establecimiento de un organismo administrativo encargado de supervisar la aplicación de las disposiciones legislativas. Puede estar establecido en un ministerio, normalmente el Ministerio de Industria y Comercio, o en el Ministerio de Hacienda, Economía o Justicia.

44. En algunos países, además del organismo de defensa de la competencia que forma parte de un ministerio, existe también una comisión o consejo independiente encargado de la competencia, cuyas funciones son diferentes. El ministerio puede someter casos específicos a la comisión o consejo para que los investiguen (tal es el caso, por ejemplo, de la Comisión de Monopolios y Fusiones del Reino Unido o del Consejo de la Competencia (Conseil de la Concurrence) de Francia). Una tendencia es que los organismos de defensa de la competencia disfruten cada vez en más de cierta independencia respecto del gobierno, con el fin de asegurar que su función de defensa de la competencia frente a los ministerios y los organismos oficiales no esté influida por consideraciones de otra índole. En algunos países ha surgido la nueva tendencia de crear una "superintendencia" que se ocupe de la legislación en materia de competencia y otras disposiciones legislativas, como las relativas a la protección del consumidor, la propiedad intelectual, la publicidad engañosa, etc.

H. Sanciones

45. En determinados países, como los Estados Unidos, se persiguen penalmente las prácticas comerciales restrictivas "difíciles de erradicar", como es el caso de la fijación de precios y la manipulación de las licitaciones. Los tribunales pueden imponer a los infractores penas de prisión y multas. Sin embargo, Alemania y la Comisión Europea sólo aplican en ese caso sanciones pecuniarias a las empresas. No obstante, esas sanciones pueden ser sustanciales y llegar hasta un 10% de la cifra de negocios de la empresa. En algunos países se aplican multas administrativas a las empresas y a los administradores si son culpables de graves transgresiones de la legislación sobre la competencia. En el Reino Unido la ley no prevé sanciones y sólo si se comprueba que el acusado ha infringido la intimación de un tribunal para cesar en esa práctica puede ser castigado con una multa e incluso con una pena de prisión.

46. En todo caso, para gozar de credibilidad el organismo de defensa de la competencia debe tener la facultad de imponer sanciones verosímiles.

I. Daños

47. En muchas leyes se prevén compensaciones por los daños resultantes de transgresiones de la legislación en materia de competencia. Los Estados Unidos tienen un sistema peculiar de triple indemnización por daños y

perjuicios conforme al cual la parte lesionada puede recibir hasta el triple del importe de los daños ocasionados por una práctica comercial restrictiva.

J. Acciones populares

48. En algunas leyes se prevé la posibilidad de que ejerza una acción antitrust un "colectivo" de usuarios o un grupo de personas, cada una de las cuales haya perdido cantidades de dinero relativamente pequeñas como consecuencia de una transgresión de la legislación sobre la competencia. Por ejemplo, el caso de los usuarios de taxis que hayan pagado más de lo debido como resultado de un acuerdo ilícito de fijación de precios.

K. Procedimientos de apelación

49. En todas las leyes sobre la competencia se prevén procedimientos de apelación de una u otra clase ante los jueces o tribunales comerciales especiales, las audiencias o el Tribunal Supremo.

Capítulo III

PROCEDIMIENTOS BASICOS PARA INVESTIGAR LAS PRACTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS O LAS FUSIONES

50. Del mismo modo que las leyes en materia de competencia difieren de un país a otro pero comparten un vasto "terreno común", los procedimientos básicos de investigación se caracterizan también por compartir un terreno común análogo. Si bien los sistemas de investigación que conducen a una decisión y a sanciones pueden ser distintos 6/, los elementos técnicos fundamentales de una investigación son muy parecidos. A continuación se describen las fases sucesivas de una investigación.

A. Comienzo de una investigación

i) Fuentes de investigación

51. Puede dar origen a una investigación la queja de un consumidor, de un comerciante, de una autoridad pública o del propio organismo de defensa de la competencia. En algunas leyes se limita la posibilidad de presentar quejas a las asociaciones de consumidores o de comerciantes y se descarta la posibilidad de reclamaciones de particulares.

52. El organismo de defensa de la competencia puede iniciar una investigación por cuenta propia como resultado de sus investigaciones sobre alzas de precios o sobre irregularidades denunciadas en la prensa. En muchos casos, la denuncia de prácticas comerciales restrictivas corre a cargo de antiguos empleados que han perdido su puesto de trabajo y desean vengarse de su antiguo patrono. En los Estados Unidos y, hasta cierto punto, en la Unión Europea, la empresa que denuncia un acuerdo ilegal en el que haya participado podrá beneficiarse de una inmunidad total o parcial o de una reducción de la cuantía de las sanciones. En el caso del control de las fusiones, la ley exige a menudo una notificación previa y el organismo de defensa de la competencia tiene un plazo determinado de reacción (casi siempre, no superior a un mes).

ii) Evaluación preliminar del asunto

53. Por lo común, el organismo de defensa de la competencia extiende un memorando de investigación, en el que indica el producto, la supuesta práctica ilegal, el artículo de la ley que se haya vulnerado, los nombres de las partes implicadas y el espacio geográfico abarcado por la supuesta práctica abusiva. Antes de ponerse en contacto con las empresas, ese organismo tratará de completar su información con datos de fuentes públicas (la prensa y datos disponibles) y podrá mantener el asunto en secreto hasta que se hagan registros por sorpresa si es necesario encontrar pruebas.

54. Como resultado de la evaluación preliminar del asunto, el organismo puede decidir que procede abandonarlo o proseguir las investigaciones si considera que existe una causa de legítima preocupación.

iii) Análisis del mercado

55. Para analizar el mercado, el organismo de defensa de la competencia tendrá que definir claramente el mercado pertinente, tanto en lo que se refiere a su extensión geográfica como al producto o servicio de que se trate. La definición de la posición dominante en el mercado se basa en el concepto de mercado pertinente, que es el mercado de los bienes o servicios que puedan ser razonablemente reemplazados, es decir, "el espacio de competencia efectiva" (Tribunal Supremo de los Estados Unidos). Los principales criterios utilizados para definir el mercado pertinente y, por extensión, para saber si una empresa ocupa una posición dominante en ese mercado son los siguientes:

- Primero, las autoridades en materia de competencia consideran en qué medida el producto de que se trate puede ser sustituido por otro, si su precio aumenta (por ejemplo, determinar si los bebedores de cerveza pasarán a beber limonada o bebidas no alcohólicas).
- Segundo, analizarán el alcance de la sustitución; para ello, habrán de tener en cuenta los gustos y preferencias de los consumidores (sustitución de la demanda).
- Tercero, tendrán en cuenta el grado de transparencia del mercado (es decir, el conocimiento de los precios y el grado de sensibilidad a éstos por parte de los consumidores).
- ¿Se trata de consumidores bien informados y conscientes de la importancia de la competencia?
- Cuarto, el mercado pertinente quizá se limite a una región o a una zona remota si, por ejemplo, las comunicaciones son mediocres y los costos de transporte prohibitivos; podrá ser el mercado interno si en la frontera existen barreras protectoras altas; el mercado pertinente podrá ser el mercado mundial en el caso de una economía abierta y si se trata de un producto que puede ser importado a bajo costo.
- Quinto y último, habrán de definir el producto o el servicio que se tome en cuenta, por ejemplo, todos los automóviles o bien los automóviles de una gama concreta de precios.

El criterio del mercado pertinente

1. Posibilidad de sustitución
2. Alcance de la sustitución según los gustos de los consumidores

3. Grado de transparencia, conocimientos en materia de precios y respuesta de los consumidores
4. Territorio pertinente
5. Definición del producto o servicio que se ha de tener en cuenta

56. Una vez que se ha definido el mercado pertinente, el organismo de defensa de la competencia puede analizarlo para determinar si existe una posición dominante en él. Será necesario primero determinar el grado de concentración del mercado pertinente. ¿Existe un monopolio? ¿Controlan dos empresas más de un x% o bien tres empresas más de un y%? (El porcentaje se fija en la ley sobre la competencia.)

57. En muchas leyes se dispone que existe una presunción de dominio cuando una empresa tiene una participación en el mercado superior al 25 o al 33%. El segundo criterio es analizar los efectos que tienen sobre la competencia las empresas con una gran cuota de mercado. ¿Existe un paralelismo de precios? ¿Siguen las empresas pequeñas "al guía" al fijar los precios, o bien compiten enérgicamente? Si la competencia sufre restricciones, los organismos de defensa de la competencia deberán tener en cuenta el tercer criterio, es decir, las condiciones de entrada en el mercado pertinente. ¿Existe una competencia potencial o efectiva? ¿Es difícil o imposible que operadores del exterior entren en el mercado pertinente (por ejemplo, en virtud de una disposición gubernamental en los mercados regulados o a causa de los contingentes o derechos arancelarios prohibitivos aplicados a las importaciones? ¿Es imposible salir del mercado como consecuencia de las subvenciones? Por último, será necesario examinar las características del mercado: ¿existe un mercado dinámico (de gran crecimiento) o un mercado estable (maduro)? ¿Qué tamaño relativo tiene el mercado (y, por consiguiente, cuál es su importancia)? ¿Es un mercado regulado oficialmente?

Criterios para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado

1. Cuota de mercado
2. Efectos sobre la competencia
3. Condiciones de entrada y salida
4. Características del mercado:
 - Mercado dinámico o estable
 - Tamaño relativo del mercado
 - Reglamentación oficial

B. La búsqueda de pruebas

i) Registro de locales

58. Para acrecentar al máximo las posibilidades de hallar pruebas, en los países en los que la ley autoriza el registro de locales (entre ellos Alemania, Francia y el Reino Unido), el organismo de defensa de la competencia puede autorizar pesquisas por sorpresa. Normalmente, será necesario que un juez autorice el registro en virtud de un mandamiento. Antes del registro, los investigadores deberán estar bien preparados para saber lo que buscan y dónde será más probable que se encuentren las pruebas (por ejemplo, si serán necesarios especialistas en informática, pues es posible que los datos que se buscan estén almacenados en ordenadores y sea muy difícil encontrarlos).

ii) Envío de cuestionarios a las empresas

59. Uno de los métodos utilizados es el envío a las empresas de cartas y de solicitudes oficiales de información.

iii) Anuncios en publicaciones periódicas

60. Mediante anuncios en publicaciones periódicas se invita a suministrar pruebas a terceros, a clientes o a empresas comerciales que hayan sufrido perjuicios a causa de las supuestas prácticas o que tengan la posibilidad de suministrar información.

iv) Celebración de audiencias

61. Representantes de las empresas, asistidos por sus abogados, pueden hacerse oír en audiencias celebradas al efecto. Con frecuencia las audiencias se celebran por separado para evitar una actuación concertada de los imputados.

v) Medidas cautelares

62. Según el procedimiento utilizado, una investigación puede durar varios meses, incluso años en algunos casos. En algunas leyes se prevé la adopción de medidas cautelares, que suelen revestir la forma de una intimación para cesar en la práctica investigada, hasta que se conozcan los resultados de ésta. Ahora bien, ocurre a menudo que, una vez que se ha comenzado una investigación, los inculpados interrumpen automáticamente las supuestas prácticas para evitar la posible imposición de sanciones severas.

C. Resoluciones, sanciones y reparaciones

63. Según los resultados de la investigación, el organismo de defensa de la competencia (o los tribunales) dictarán una resolución sobre la práctica investigada. Esta puede consistir en una prohibición estricta o en una

autorización condicional, por ejemplo, una autorización de fusión siempre que una de las empresas se deshaga de determinados intereses o se comprometa a abstenerse de determinadas prácticas restrictivas. Los investigadores pueden concluir también que las prácticas objeto de investigación no son contrarias a la competencia, por lo que quedan autorizadas. En otros casos, la ley prevé determinadas exenciones por categorías, que se podrán conceder. Sin embargo, este caso no suele requerir una investigación completa. Por lo común, las exenciones por categorías se conceden para reducir el volumen de trabajo que pesa sobre el organismo de defensa de la competencia y reducir las demoras y la acumulación de asuntos. Siempre que concurren determinadas condiciones (por ejemplo, tipos concretos de limitaciones, tamaño relativo del mercado abarcado por el acuerdo, etc.), las prácticas podrán ser objeto automáticamente de una "exención por categorías".

64. El organismo de defensa de la competencia puede imponer sanciones en los países en que la ley le confiere la atribución de imponer multas; en otro caso, corresponde a los tribunales imponer sanciones pecuniarias a las empresas y, en algunos casos, a los individuos responsables de vulnerar la ley. En algunas leyes se prevé también la imposición de penas de prisión. En todo caso, la sanción habrá de ser relativamente severa si se quiere que la ley sea verosímil. Por ejemplo, en los países en los que la inflación es considerable, las sanciones pecuniarias máximas fijadas por la ley pueden perder rápidamente su carácter disuasorio.

65. En las leyes modernas en materia de competencia se prevé también el resarcimiento de los daños. Los consumidores y los terceros que hayan sido damnificados por una práctica prohibida pueden demandar a los inculpados por daños y perjuicios.

1/ El Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas fue aprobado por la Asamblea General en su resolución 35/63, de 5 de diciembre de 1980 (TD/RBP/CONF.10/Rev.1).

2/ Debe señalarse que, a medida que en la mayoría de los países se va suprimiendo la regulación de los precios, ésta se reemplaza por la legislación en materia de competencia, que es un método más sutil de controlar la formación competitiva de los precios en vez de que sea la administración quien los fije. Después de la segunda guerra mundial, algunos países, entre ellos Francia, Noruega y Suecia, establecieron un sistema de precios administrados. Con posterioridad, éstos han sido reemplazados gradualmente por la moderna legislación en materia de competencia.

3/ Una exención suele tener un alcance más amplio (todo un sector, como la minería o la agricultura), mientras que las excepciones se conceden a empresas particulares en casos específicos.

4/ La venta con precios engañosos (precio de reclamo) es una práctica con la que se atrae a los consumidores ofreciendo un producto, del que sólo

se dispone en cantidades limitadas, con un descuento muy importante.

5/ La venta en pirámide entraña ventajas (descuentos) para quienes logren vender el producto a terceros, que a su vez lo venden a otros y así sucesivamente.

6/ Por ejemplo, en el Reino Unido los tres principales organismos que se ocupan de las investigaciones son: la Oficina de Comercio Leal, la Comisión de Monopolios y Fusiones y el Departamento de Comercio e Industria, además del Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas. En este sistema de "pesos y contrapesos" múltiples se encarga el primer análisis a la Oficina que puede luego remitir el asunto a la Comisión a efectos de investigación y la recomendación de ésta puede dar lugar a una orden del Ministro de Comercio e Industria si éste acepta la recomendación de la Comisión. Cabe pedir al Tribunal que dicte un fallo. Salvo si el fallo es vulnerado ulteriormente por las empresas objeto de investigación y si se considera que son culpables de "desacato a la justicia", no se imponen multas cuando el Ministro acepta las recomendaciones de la Comisión. En cambio, en Alemania, la Oficina Federal de Cárteles tiene atribuciones cuasi judiciales para comenzar una encuesta, realizar investigaciones y adoptar una decisión que puede comprender la imposición de multas a los procesados, que sólo pueden recurrir ante los tribunales por consideraciones de procedimiento. Excepcionalmente, el ministro de Economía puede dejar sin efecto una prohibición de fusión. En los Estados Unidos, el Departamento de Justicia puede plantear un asunto, pero habrá de atacar a los procesados ante un tribunal de justicia. Las sanciones son impuestas por los tribunales (tanto multas como penas de prisión). En cambio, la Comisión Federal de Comercio tiene atribuciones administrativas, pero las sanciones son impuestas por los tribunales.

Anexo 1

ENUMERACION DE LOS ARGUMENTOS QUE SE SUELEN ADUCIR PARA
OPONERSE A LA ADOPCION DE LEYES SOBRE LA COMPETENCIA

- Son necesarias unas dimensiones críticas, una masa crítica o economías de escala si se quiere que las empresas sean competitivas en el mercado internacional.
- Es importante evitar que exista "más burocracia" en una época de desregulación y "menos gobierno".
- Los países en desarrollo no necesitan una política de la competencia. Solamente economías avanzadas y complejas pueden aplicar un procedimiento tan complicado.
- La adopción de una ley sobre la competencia desalentará las inversiones extranjeras directas, que son extremadamente necesarias.
- Un mercado abierto bastará para que haya competencia en la esfera de la importación.
- Las leyes sobre la competencia confieren atribuciones excesivas a individuos fáciles de corromper. Es necesario establecer un sistema eficaz de pesos y contrapesos.
- Debido a la complejidad de un análisis adecuado de la competencia, los países en desarrollo no pueden aplicar leyes y políticas efectivas en materia de competencia.
- Una política en materia de competencia hará desaparecer la industria nacional que se enfrenta con gigantescas empresas extranjeras que cuentan con el poder de mercado, la tecnología avanzada y "los bolsillos rellenos" de la empresa matriz.

Anexo 2

DIFICULTADES Y LIMITACIONES CON QUE SUELEN ENFRENTARSE
LOS ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1. El ministro competente puede dejar sin efecto una decisión por consideraciones de "interés público", entre ellas el temor de aumentar el desempleo o como consecuencia de las gestiones de grupos de presión y de grupos activistas.
2. Un cambio de gobierno puede modificar la suerte del organismo de defensa de la competencia: algunos gobiernos pueden estar "políticamente" interesados en una ley en materia de competencia que tenga por objeto desmantelar los monopolios o poner fin a la concentración de la riqueza en unos pocos; en cambio, otros gobiernos quizá estén interesados en defender o crear "campeones nacionales" o no estén dispuestos a aplicar leyes de competencia que vayan en contra de intereses creados.
3. Otros organismos administrativos (organismos de regulación) quizá tengan funciones que coinciden con las del organismo de defensa de la competencia (por ejemplo, hay organismos de regulación creados para controlar servicios privatizados que a veces tienen funciones relacionadas con la competencia que debieran corresponder al organismo de defensa de la competencia. Cuando sea difícil adoptar una decisión, el organismo de regulación deberá pedir al organismo de defensa de la competencia que estudie el asunto, pues en otro caso podría adoptar una decisión errónea (contraria a la competencia).
4. A veces los órganos legisladores y otros ministerios (Sanidad, Comercio) adoptan textos legislativos sin tener en cuenta sus efectos contrarios a la competencia, independientemente de las funciones jurídicas del organismo de defensa de la competencia.
5. A veces algunos hombres de negocios influyentes están más cerca del poder (el ministro) que el director del organismo de defensa de la competencia. Los ministros hacen a veces concesiones excesivas a grandes empresas extranjeras que son inversionistas directos y que no escatiman sus promesas en materia de empleo (o en otras materias). En consecuencia, las empresas extranjeras obtienen subvenciones, exoneraciones temporales de impuestos, autorizaciones de importación de larga duración o condiciones favorables, ventajas que se deniegan a los competidores nacionales.

Limitaciones presupuestarias, medios limitados

6. Las limitaciones presupuestarias pueden reducir la capacidad del organismo de defensa de la competencia para adoptar las medidas necesarias. Por ejemplo, uno de estos organismos indicó que dudaba en utilizar los medios de comunicación social para dar a conocer sus funciones porque temía recibir un número excesivo de reclamaciones que no estaría ciertamente en

condiciones de tramitar correctamente, con lo que correría el riesgo de perder credibilidad.

7. El organismo competente quizá no tenga los recursos financieros necesarios para emplear a personal de alto nivel y deba recurrir a la policía y a la administración de justicia carentes de la formación necesaria para aplicar las normas en materia de competencia.

8. El organismo competente puede perder a su personal como consecuencia de ascensos o de las posibilidades de obtener un empleo mejor en el sector privado poco tiempo después de haber recibido una buena formación en el extranjero.

Falta de estadísticas comerciales fidedignas

9. En los países en desarrollo se carece a veces de datos y estadísticas fidedignos, lo que hace imposible presentar una argumentación correctamente o comprobar la existencia de una posición dominante en un mercado, por ejemplo, si se desconoce la cuota de mercado que corresponde a una empresa.

Insuficiente credibilidad de las resoluciones del organismo

10. Si las multas no son suficientemente altas, el organismo de defensa de la competencia puede perder credibilidad.

11. Este organismo quizá se vea obligado a emplear al personal de la anterior administración reguladora de los precios que no comprende los principios de la competencia y sus nuevas responsabilidades.

12. La duración de la investigación y del proceso judicial, que comprende los recursos, con frecuencia sin medidas intermedias, puede reducir la eficacia de las decisiones del organismo de defensa de la competencia.

Novedad de la materia para los consumidores

13. Los principios en materia de competencia tienen el carácter de novedad para los consumidores acostumbrados a la fijación administrativa de los precios. El organismo competente debe educar a los consumidores y crear una "cultura de la competencia" que estimule a los consumidores a "verificar" y comparar los precios, actitud que tal vez no les guste en absoluto adoptar en un primer momento.
