



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

Distr. limitada  
30 de agosto de 2010  
Español  
Original: inglés

---

**Sexta Conferencia de las Naciones Unidas  
encargada de examinar todos los aspectos  
del Conjunto de Principios y Normas  
Equitativos Convenidos Multilateralmente  
para el Control de las Prácticas Comerciales  
Restrictivas**

Ginebra, 8 a 12 de noviembre de 2010

Tema 6 a) del programa provisional

**Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto**

**Ley tipo de defensa de la competencia (2010) –  
Capítulo IV**

## Ley tipo de defensa de la competencia (2010) – Capítulo IV

### *Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado*

#### **I. Prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o supongan adquisición y abuso de esa posición**

*Se prohíben los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o supongan adquisición y abuso de esa posición:*

i) *Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios;*

ii) *Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.*

#### **II. Actos o conductas considerados abusivos**

a) *El comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores;*

b) *La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones del suministro o la compra de bienes o servicios, incluso mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre empresas participadas;*

c) *La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías, incluidas las importadas y las exportadas;*

d) *Las restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados;*

e) *Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio:*

i) *La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;*

ii) *La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la aceptación de restricciones en la distribución o fabricación de bienes competidores o de otros bienes;*

iii) *La imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, la forma o las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;*

iv) *La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de un tercero designado por él.*

**III. Autorización o exención**

*Los actos, prácticas o transacciones que no estén totalmente prohibidos por ley podrán ser autorizados o declarados exentos si se notifican, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, antes de que sean llevados a efecto, si se ponen abiertamente en conocimiento de las autoridades competentes todos los datos pertinentes, si se ofrece a las partes afectadas la posibilidad de ser oídas y si se resuelve después que la conducta propuesta, modificada o reglamentada en su caso, es compatible con los objetivos de la ley.*

## Comentarios al Capítulo IV y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

### ***I. Prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o supongan adquisición y abuso de esa posición***

*Se prohíben los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o supongan adquisición y abuso de esa posición:*

*i) Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios;*

*ii) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.*

### **Introducción**

1. El abuso de una posición dominante es una de las cuestiones más controvertidas en la legislación sobre la competencia. La cuestión de cuándo se considera que una empresa tiene una posición dominante, así como los actos que pueden considerarse un abuso de esa posición dominante, varía de un país a otro y puede depender de los objetivos del régimen de la competencia de que se trate (el bienestar del consumidor, la eficiencia, la protección del proceso competitivo) y de que se incluyan o no "otros" valores —como la equidad— en el análisis de la competencia. En el presente capítulo se esbozan criterios generales para determinar la existencia de una posición dominante. Se facilita también una lista no exhaustiva de actos que pueden considerarse anticompetitivos.

2. Se entiende por dominio el ejercicio de un poder importante en el mercado. Desde un punto de vista económico, el dominio es la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas que actúan conjuntamente) de aumentar y mantener lucrativamente los precios por encima del nivel de competencia durante un período de tiempo considerable. La simple posesión de una posición dominante no se considera un acto anticompetitivo, como tampoco lo es la adquisición de una posición de dominio mediante la competición por la excelencia. Sin embargo, el ejercicio o el abuso de una posición dominante puede dar lugar a: i) la reducción de la producción y el aumento de los precios; ii) la reducción de la calidad y la variedad de los servicios o productos; o iii) la limitación de la innovación, circunstancias que se considera que atacan contra la competencia.

3. La cuestión de si debe considerarse que una empresa ocupa una posición dominante se aborda de muy diversas formas en las distintas leyes de defensa de la competencia. En algunas de esas leyes no se define de forma concreta qué es una posición dominante, sino que su existencia o no pasa a depender del juicio económico de las autoridades competentes en la materia. Los organismos de defensa de la competencia tendrán que evaluar en cada caso diversos factores que influyen en la determinación de la existencia de una posición dominante. El disfrute de cuota de mercado importante es un dato que tiende a indicar que una empresa goza de una posición dominante en el mercado pertinente. No obstante, en muchos ámbitos jurídicos, el disfrute de una cuota de mercado importante no basta por sí mismo para determinar la existencia de una posición dominante, ya que algunos mercados muestran un alto nivel de competencia a pesar de contar con un número de actores

relativamente reducido. Deberían tenerse en cuenta, además, otros indicadores del mercado como las barreras a la entrada y la existencia de competidores reales y potenciales, la duración de esa cuota de mercado importante, el poder de compra, las economías de escala, el acceso a los mercados de abastecimiento y la integración vertical, la madurez y vitalidad del mercado, el acceso a insumos importantes y los recursos financieros de la empresa y de sus competidores.

4. En otros ámbitos jurisdiccionales se utilizan caminos más cortos para demostrar la existencia de una posición dominante recurriendo a las cláusulas de resguardo basadas en umbrales de la cuota de mercado como punto de partida para determinarla. Si una empresa no alcanza un nivel mínimo de cuota de mercado se considera que no ocupa una posición dominante. En caso de que sí supere ese nivel, el organismo de defensa de la competencia analizará otros factores —como se ha mencionado más arriba— para determinar si la empresa ocupa una posición dominante.

5. Otros ámbitos jurisdiccionales aún presumen que una empresa tiene una posición dominante si su cuota de mercado es superior a un umbral determinado. Una vez se ha demostrado que la empresa supera la cuota de mercado establecida se le traslada la carga de la prueba. Si la empresa no consigue demostrar que no ejerce poder en el mercado, se considerará que ocupa una posición dominante.

6. El uso de los umbrales de la cuota de mercado —bien sea para establecer un caso *prima facie* y trasladar a la empresa la carga de la prueba, bien para excluir la existencia de una posición dominante— facilita al organismo de defensa de la competencia la tarea de supervisar la observancia de la ley y ofrece a los empresarios garantías jurídicas. No obstante, la utilización de esos umbrales plantea el riesgo de dar a la cuota de mercado demasiada importancia, o demasiado poca en algunos casos, lo que puede conducir a una actuación administrativa demasiado intensa o demasiado relajada. Así pues, no es aconsejable que en una ley de defensa de la competencia se estipule de forma irrefutable que se considerará que una empresa ocupa una posición dominante cuando su cuota de mercado alcance un umbral determinado.

7. La competencia en lo que se refiere a la entrada de empresas y las importaciones son otros factores que es preciso tener en cuenta a la hora de determinar el carácter dominante de una empresa. Si es fácil para las empresas acceder a un mercado, cualquier intento de elevar los precios o reducir la producción en ese mercado se verá frustrado por la entrada de nuevas empresas. La facilidad de la entrada se determina en función de la altura de las barreras correspondientes. En el recuadro 4/1 figura un análisis específico de las barreras a la entrada. La competencia de las importaciones puede considerarse como una forma particular de entrada que tiene lugar cuando empresas extranjeras comienzan a vender productos que compiten en el mercado nacional. Así pues, las importaciones pueden constituir una importante fuente de competencia y es necesario tenerlas en cuenta a la hora de determinar la existencia de una posición dominante.

8. Sea cual sea la definición de dominio que se adopte en una ley sobre la competencia, la decisión de si una empresa tiene o no una posición dominante dependerá en gran medida de la definición del mercado pertinente. Como regla básica, cuanto más estrecha sea la definición de ese mercado, mayor será la probabilidad de que un actor determinado ejerza un poder importante. La cuestión de la definición del mercado pertinente se aborda en más detalle en los comentarios sobre el capítulo II de la Ley tipo de defensa de la competencia.

Recuadro 4/1

### **Las barreras a la entrada en el derecho y la política de la competencia**

Las barreras a la entrada en un mercado se refieren a factores que impiden la entrada de nuevas empresas en un mercado, o las disuaden de hacerlo, aun cuando las empresas ya instaladas estén obteniendo beneficios extraordinarios. Las barreras a la entrada pueden variar mucho con el nivel de madurez o de desarrollo del mercado. Pueden distinguirse diferentes tipos de barreras a la entrada.

**Las barreras estructurales** a la entrada derivan de características fundamentales del sector, como tecnología, costos y demanda. Hay cierta controversia acerca de cuáles son los factores que constituyen barreras estructurales efectivas. Según la definición más amplia, las barreras a la entrada son el resultado de la diferenciación de productos, de las ventajas absolutas de costo de las empresas instaladas y de las economías de escala. La diferenciación de productos favorece a las empresas ya introducidas en el mercado, porque los nuevos competidores deben salvar el obstáculo que representa la fidelidad de los consumidores a determinadas marcas de los productos existentes. Las ventajas absolutas en materia de costos significan que el nuevo competidor en el mercado sólo podrá producir a un costo unitario superior, sea cual sea el nivel de producción, a veces quizás porque utiliza una tecnología inferior. Las economías de escala limitan el número de empresas que pueden producir al costo mínimo en un mercado de un tamaño determinado. Georges Stigler y los autores del análisis antitrust de la escuela de Chicago dan una definición más restringida de las barreras estructurales a la entrada. Según ellos, sólo habrá barreras cuando un nuevo competidor tenga que soportar costos en los que no incurren las empresas ya instaladas. Por consiguiente, esta definición excluye las economías de escala y los gastos de publicidad como barreras (porque son gastos que las empresas instaladas han tenido que hacer para alcanzar su posición en el mercado). Otros economistas subrayan que los costos irrecuperables constituyen importantes barreras a la entrada. Como los nuevos competidores deben incurrir en tales costos, que ya han sido soportados por las empresas instaladas, se crea una barrera a la entrada. Por otra parte, los costos no recuperables limitan las posibilidades de salida y por lo tanto imponen un riesgo suplementario a los nuevos competidores potenciales.

**Las barreras estratégicas** a la entrada se refieren al comportamiento de las empresas ya instaladas. Éstas pueden, en particular, elevar las barreras estructurales a la entrada o amenazar con medidas de retorsión a los nuevos competidores si entran en el mercado. Sin embargo, esas amenazas deben ser creíbles, en el sentido de que las empresas establecidas han de tener interés en ponerlas en ejecución si la entrada se produce efectivamente. Las estrategias de disuasión a que recurren las empresas ya instaladas consisten a menudo en algún tipo de medidas de acaparamiento. Un ejemplo es el acaparamiento de medios productivos, que consiste en que una empresa instalada invierte en sobrecapacidad de producción para amenazar con una guerra de precios a las empresas que llegaran a entrar en el mercado. La ocupación de la infraestructura necesaria, como las instalaciones portuarias o los medios de transporte, puede ser otra forma de barrera a la entrada.

Las disposiciones de los sistemas jurídicos nacionales pueden dar lugar a la aparición de **barreras jurídicas**. Pueden citarse como ejemplo de ese tipo de barreras los aranceles y cupos, las normas sobre derechos de propiedad intelectual y marcas comerciales, la concesión de derechos exclusivos a determinadas empresas (posición monopolística legal) u otros obstáculos administrativos que dificulten el acceso al mercado.

9. En algunas jurisdicciones, el dominio del mercado no sólo se refiere a la posición en que una empresa actúa unilateralmente, sino también a la situación en que varias de ellas, actuando conjuntamente, ejercen un control sobre el mercado o tienen un incentivo para actuar concertadamente y ejercer un control sobre el mercado (dominio colectivo). Esto

remite claramente a los mercados en los que existe una gran concentración, en los que dos o más empresas controlan una cuota importante de mercado, con lo que crean y aprovechan unas condiciones en las que pueden dominar el mercado o realizar operaciones de una manera muy similar a la de un monopolista. La Comisión Europea y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>1</sup> adoptaron el mismo criterio en el fallo sobre el caso *Vetro Piano en Italia*<sup>2</sup>, que pronto fue seguido de la decisión sobre la fusión Nestlé-Perrier<sup>3</sup>. El efecto acumulativo del uso de una práctica determinada, como los acuerdos de ventas condicionadas o vinculadas, pueden muy bien dar lugar al abuso de una posición de dominio.

### Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Detección de una posición dominante

Región/país

#### África

Zambia

En Zambia, a tenor de la sección 7 2) de la Ley sobre la competencia y el comercio leal de 1994, se considera abuso de posición dominante los actos o conductas que limitan el acceso a los mercados o que restringen de cualquier otro modo de forma indebida la competencia, o que tienen o es probable que tengan efectos adversos sobre el comercio o la economía en general. En general, se estima que una empresa es dominante si tiene un poder de mercado que le permite actuar con independencia de presiones competitivas (por ejemplo en sus estrategias de precios y distribución). Un factor importante pero no concluyente para determinar el dominio es la cuota de mercado que tiene la empresa. No es probable que sea dominante si esa cuota es inferior al 40%, aun cuando esa norma dependerá en gran medida de las circunstancias del caso.

#### Asia/Pacífico

China

En el párrafo 2 del artículo 17 de la Ley antimonopolio de la República Popular de China se define la posición dominante en el mercado como la posición que disfrutan los operadores empresariales que tienen la capacidad de controlar el precio o la cantidad de los productos u otras condiciones del comercio en el mercado pertinente o de bloquear o influir en la entrada de otros operadores comerciales en ese mercado.

Además, en el artículo 18 de esa ley se enumeran seis factores principales que permiten determinar la posición dominante en el mercado de una empresa: i) la cuota de mercado de la empresa y su situación de competitividad en el mercado pertinente; ii) la capacidad de la empresa para controlar el mercado de venta o el mercado de abastecimiento de materias primas; iii) las condiciones financieras y tecnológicas de la empresa; iv) la medida en que la empresa depende de otras empresas para sus

<sup>1</sup> Ahora el Tribunal General de la Unión Europea.

<sup>2</sup> Observación enviada por la Comisión Europea. Fallo sobre el caso *Vetro Piano en Italia* de 10 de marzo de 1992.

<sup>3</sup> Información facilitada por la Comisión Europea. Decisión sobre el caso *Nestlé Perrier* de 22 de julio de 1992.

*Región/país*

transacciones; v) el grado de dificultad que encuentran otras empresas para entrar en el mercado pertinente; y vi) otros factores de interés para la determinación de la posición dominante en el mercado de la empresa de que se trate.

En el párrafo 1 del artículo 19 se establece que existe una presunción de dominio, que puede refutarse, cuando una empresa cumple alguna de las condiciones siguientes: i) la cuota de mercado supone la mitad o más del mercado pertinente; ii) la cuota de mercado conjunta de dos empresas suponga dos tercios o más del mercado pertinente; o iii) la cuota de mercado conjunta de tres empresas suponga tres cuartas partes o más del mercado pertinente.

No obstante, en los apartados ii) y iii) del párrafo 1 del artículo 19 se establece que si alguna de las empresas tiene una cuota de mercado inferior a una décima parte no se considerará que esa empresa tiene una posición dominante en el mercado. Además, la presunción de que una empresa tiene una posición dominante en el mercado desaparecerá si la empresa consigue demostrar lo contrario.

India

La Ley sobre la competencia de la India de 2002 define la "posición dominante" como una posición de fuerza de que goza una empresa en el mercado pertinente del país que le permite: i) operar de forma independiente de las fuerzas competitivas que existan en ese mercado; o ii) influir en sus competidores o consumidores o en el mercado pertinente en su favor. La Comisión de la Competencia de la India, al investigar si una empresa goza de posición dominante o no, tiene en cuenta todos o algunos de esos factores.

Mongolia

En el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley de Mongolia de prohibición de la competencia desleal se considera que existe una posición dominante cuando una sola entidad que actúe por su cuenta o un grupo de entidades económicas que actúen conjuntamente representen de manera constante más del 50% del mercado de ciertos bienes, incluidos productos similares, de determinados trabajos o de servicios concretos.

**Europa (no-UE)**

Federación de Rusia

En el párrafo 1 del artículo 5 de la Ley Federal de Rusia sobre la defensa de la competencia de 2006 se define la posición dominante como la situación en que una o varias entidades económicas: i) tienen un efecto decisivo en las condiciones generales de mercado pertinente; ii) tienen la posibilidad de eliminar a otras entidades económicas de ese mercado; o iii) pueden impedir el acceso de otras entidades económicas a ese mercado.

En el párrafo 2 del artículo 5 se establece la presunción de la existencia de una posición de dominio, que puede refutarse, si



---

 Región/país
 

---

una empresa tiene una cuota de mercado superior al 50%. Puede considerarse también que una empresa con una cuota de mercado comprendida entre el 35% y el 50% tiene una posición dominante si así se desprende de una evaluación económica en la que se tendrán en cuenta factores como la estabilidad de la cuota de mercado de esa empresa a lo largo del tiempo, las cuotas de mercado de sus competidores y la facilidad para otras empresas de acceder al mercado pertinente. No puede establecerse que las empresas con una cuota de mercado inferior al 35% ocupan una posición dominante a menos que en la ley se establezca lo contrario; por ejemplo, en el caso de dominio colectivo o en los mercados de energía eléctrica en que una empresa de generación de energía tenga una cuota de mercado inferior al 20% no se considerará que ocupa una posición dominante.

### Europa (UE)

Unión Europea

En el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se prohíbe el abuso de una posición dominante sin establecer previamente una definición de qué se entiende por posición dominante. En su práctica ejecutiva, las instituciones europeas han definido el dominio como una posición de fortaleza económica de la que goza una empresa que le permite evitar que en el mercado pertinente se mantenga una competencia efectiva al tener el poder de comportarse, en un grado apreciable, de manera independiente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, los consumidores<sup>4</sup>. En las directrices sobre las prioridades de la Comisión Europea para la aplicación del artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (actualmente el artículo 102 del TFUE) a la conducta abusiva excluyente por parte de empresas dominantes se establecen los criterios que la Comisión Europea deberá tener en cuenta a la hora de determinar la existencia de una posición de dominio, en particular:

- Las limitaciones impuestas por la oferta de los competidores reales y su posición en el mercado (la posición en el mercado de la empresa dominante y sus competidores);
- Las limitaciones impuestas por la amenaza de una futura expansión de los competidores reales o la entrada de competidores potenciales (expansión y entrada);
- Las limitaciones impuestas por el poder de negociación de los clientes de la empresa (poder de compra compensatorio).

---

<sup>4</sup> Véanse la causa N° 27/76 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *United Brands Company y United Brands Continental c. la Comisión* [1978] ECR 207, párr. 65, y la causa N° 85/76 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Hoffmann-La Roche & Co. c. la Comisión* [1979] ECR 461, párr. 38.

*Región/país*

|                 |  |
|-----------------|--|
|                 | Se hace hincapié en que las cuotas de mercado ofrecen una primera indicación útil de la estructura del mercado y de la importancia relativa de las diferentes empresas que operan en él. No obstante, la Comisión Europea interpretará las cuotas de mercado a la luz de las condiciones imperantes y, en particular, la dinámica del mercado y la medida en que se diferencien los productos.   |
| Polonia         | Según lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 4 de la Ley de protección de la competencia y de los consumidores, de 18 de febrero de 2007, se presume que una empresa mantiene una posición dominante cuando su cuota de mercado supera el 40%.   |
| República Checa | En el párrafo 1 del artículo 10 de la Ley consolidada de protección de la competencia comercial de la República Checa se considera que una o más empresas conjuntas (predominio conjunto) tienen una posición dominante en un mercado pertinente cuando su poder de mercado les permite desempeñarse en buena parte con independencia de otras empresas o de otros consumidores. Según se dispone en el apartado n) del párrafo 3 del artículo 10, a menos que se demuestre lo contrario, una empresa o empresas con un dominio conjunto se considerará que no gozan de posición dominante si su cuota o cuotas en el mercado pertinente durante el período examinado son inferiores al 40%. |
| Estonia         | En Estonia, para que se considere que existe una posición de dominio una empresa debe estar en condiciones de operar en el mercado en gran medida con independencia de los competidores, los suministradores y los compradores. Se presume la existencia de una posición de dominio si una o varias empresas tienen una cuota conjunta superior al 40% del mercado pertinente. También se considera que tienen una posición dominante las empresas que tienen derechos especiales o exclusivos o las que controlan productos esenciales; véase el artículo 13 de la Ley de la competencia de Estonia.  |
| Lituania        | De conformidad con la legislación de Lituania sobre la competencia, una cuota de mercado del 40% supone una presunción de dominio. Además, la ley presume también el dominio conjunto cuando las tres principales empresas de un mercado tienen una cuota de mercado colectiva del 70%. Los umbrales de la cuota de mercado que señalan la presunción de dominio son inferiores en el caso de los mercados al por menor. Véase el párrafo 11 del artículo 3.   |
| Alemania        | Según la Ley contra las restricciones a la competencia, se considera que una empresa es dominante cuando, como proveedora o compradora de ciertas clases de bienes o servicios comerciales en relación con el producto y el mercado geográfico pertinente: i) no tiene competidores o no está expuesta a ninguna competencia sustancial; o ii) tiene una posición de mercado destacada con respecto a sus competidores. A ese  |

## Región/país

respecto, se tendrán en cuenta especialmente la cuota de mercado de la empresa, su poder financiero, su acceso a los suministros o los mercados, sus vínculos con otras empresas, las barreras jurídicas o *de facto* a la entrada de otras empresas en el mercado, la competencia real o potencial de empresas establecidas dentro o fuera del ámbito de aplicación de la ley y su capacidad para modificar su oferta o su demanda de otros bienes o servicios comerciales, así como la capacidad del otro lado del mercado para recurrir a otras empresas. Se considera que dos o más empresas son dominantes cuando no existe entre ellas una competencia sustancial con respecto a determinadas clases de bienes o servicios comerciales y satisfacen conjuntamente las condiciones establecidas anteriormente. Se presume que una empresa ocupa una posición dominante si su cuota de mercado es superior a un tercio. Se considera que un conjunto formado por un determinado número de empresas forman una posición dominante si: i) se trata de tres empresas o menos con una cuota de mercado combinada del 50%; o ii) se trata de cinco empresas o menos con una cuota de mercado combinada de dos tercios, a menos que las empresas demuestren que se mantiene una competencia sustancial entre ellas, o que el conjunto de empresas combinado no tenga una posición de mercado destacada en relación con los demás competidores.

España

En la legislación española de defensa de la competencia no figura ninguna definición de dominio. Según la práctica ejecutiva del organismo de defensa de la competencia, se considera que una empresa ocupa una posición dominante cuando puede actuar en gran medida con independencia de sus competidores, sus clientes y los consumidores y puede, por tanto, ajustar los precios o cualesquiera otras características del producto o servicio de que se trate en su propio beneficio.

**América Latina**

Brasil

Según lo dispuesto en la Ley N° 8884 de 1994, se presume que una empresa ocupa una posición dominante cuando individualmente o agrupada con otras controla el 20% del mercado pertinente. Ese porcentaje está sujeto a modificación por el Consejo Administrativo de Defensa Económica en el caso de algunos sectores específicos de la economía (párrafo 3 del artículo 20).

Colombia

En el Decreto N° 2153 de 1992 se define la posición dominante como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. La existencia de una posición dominante se determina caso por caso. En la legislación no se establecen umbrales.

**América del Norte**

Canadá

Según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 79 de la Ley de defensa de la competencia del Canadá, para imponer una

## Región/país

|                |  |
|----------------|--|
|                | sanción por el abuso de una posición dominante el tribunal debe determinar primero que una o más personas controlan sustancial o completamente, en todo el Canadá o en alguna región del país, una clase o tipo de negocio. En las directrices actualizadas del organismo canadiense de defensa de la competencia sobre la observancia de las disposiciones relativas al abuso de una posición de dominio (artículos 78 y 79 de la Ley de defensa de la competencia) se explica que se entiende que el control sustancial o completo es equivalente al poder de mercado. |
| Estados Unidos | En los Estados Unidos, el poder monopolístico no está precisado en las leyes pero los tribunales lo han definido tradicionalmente como "el poder de controlar los precios del mercado o excluir la competencia". <i>Estados Unidos c. I. du Pont de Nemours &amp; Co.</i> , 351 U.S. 377, 391 (1956). La cuota de mercado no es el único factor considerado al determinar si existe un poder monopolístico.  |

## II. Actos o conductas considerados abusivos

10. Como se ha mencionado anteriormente, las leyes sobre la competencia no prohíben ocupar una posición dominante o tener un poder sustancial sobre el mercado, lo que significa que la mera ocupación de una posición dominante no atenta contra la competencia por sí misma y que una empresa que goce de una posición dominante tiene derecho a competir con arreglo a sus méritos. La prohibición del abuso de una posición dominante surge cuando una empresa que la ocupa utiliza su poder de mercado de una forma que distorsiona la competencia.

11. En general, una empresa abusa de su posición dominante cuando realiza actos que incrementan su poder económico y no tienen en cuenta a los consumidores o al mercado. Los actos que suponen un obstáculo para los competidores y no aportan a los consumidores ventajas que los compensen son ejemplos de abuso de una posición dominante. En algunos ámbitos jurisdiccionales se amplía esa definición a fin de proteger a los rivales más pequeños de una exclusión injusta por parte de las empresas dominantes más eficientes.

12. No se puede elaborar una lista exhaustiva de los actos que pueden constituir un abuso de una posición dominante. El "abuso de una posición dominante" es un concepto que abarca todos aquellos actos que encajan en la definición enunciada en el párrafo anterior. No obstante, y a fin de guiar la observancia del cumplimiento, algunas leyes de defensa de la competencia contienen listas no exhaustivas de actos que consideran abusivos y, por tanto, quedan prohibidos. Entre esos comportamientos puede figurar una gama completa de estrategias empleadas por las empresas para elevar barreras a la entrada en un mercado. En el párrafo 2 del capítulo 4 de la Ley tipo de defensa de la competencia figuran algunos ejemplos de actos que suponen el abuso de la posición dominante de una empresa y que se comentan a continuación. Cabe señalar que el orden de los ejemplos que se enumeran en el párrafo 2 del capítulo 4 no corresponde necesariamente con su frecuencia o su gravedad como atentado contra la competencia. Cabe destacar también que actos como la "imposición de precios de reventa" o las "importaciones paralelas" se clasifican actualmente como restricciones verticales y no como abuso de una posición dominante.

Aunque es probable que los actos que se enumeran atenten contra la competencia, no tiene por qué ser así en todos los casos. El organismo de defensa de la competencia debe analizar cada caso para determinar los efectos de cada una de las prácticas.

13. El marco analítico que los organismos de defensa de la competencia emplean para determinar si determinados actos realizados por empresas que gozan de una posición dominante constituyen un abuso de su poder de mercado ha evolucionado a lo largo del tiempo. Hoy día, cada vez son más los organismos que basan esa decisión en una sólida evaluación económica (el denominado análisis basado en los efectos). Tradicionalmente, en varios regímenes de defensa de la competencia se adoptaba un planteamiento formalista según el cual el organismo de defensa de la competencia determinaba si el comportamiento analizado se correspondía con alguno de los ejemplos de comportamiento abusivo establecidos en la práctica jurídica sin realizar un análisis económico exhaustivo.

*a) El comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores;*

14. Una de las formas más corrientes de conducta desleal es la fijación abusiva de precios, que se produce generalmente cuando una empresa fija el precio de sus productos por debajo de una cuantía apropiada al costo. En algunos ámbitos jurisdiccionales solo se requiere que la empresa participe en un acto estratégico de fijación de precios bajos con el fin de eliminar a sus competidores, sin importar si el precio se fija por debajo del costo. Las empresas pueden adoptar esa conducta para eliminar las empresas competidoras a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto más diversificadas estén las actividades de la empresa en términos de productos y mercados y más recursos financieros tenga, mayor será su capacidad para adoptar una conducta abusiva.

15. La cuantía apropiada al costo que sirve para determinar la existencia de precios abusivos varía de un ámbito jurisdiccional a otro. La mayoría de ellos convienen en que existe una fijación abusiva de precios cuando el precio de los productos se establece por debajo del costo variable promedio. No obstante, no hay unanimidad acerca de si el establecimiento de los precios por debajo del costo total promedio constituye o no una fijación abusiva de precios. Para determinar que existe un abuso de posición dominante por fijación abusiva de precios, algunas jurisdicciones requieren que la empresa en cuestión tenga una perspectiva razonable o "probabilidad peligrosa" de recuperar lo perdido al fijar los precios por debajo del costo. Si no se recupera lo perdido, la práctica de reducir los precios puede contribuir en realidad al bienestar del consumidor<sup>5</sup>. En otros ámbitos jurisdiccionales se considera que no es necesario que haya una perspectiva razonable o probabilidad peligrosa de recuperar lo perdido para determinar que se ha producido una fijación abusiva de precios<sup>6</sup>. El hecho de que la empresa en cuestión esté vendiendo por debajo de una cuantía apropiada al costo es suficiente.

16. Como el establecimiento de precios bajos supone normalmente un beneficio para el consumidor, las jurisdicciones pueden mostrarse renuentes a condenar esa práctica como abusiva. Según cual sea la estructura de sus mercados, las jurisdicciones deben sopesar las ventajas y los inconvenientes de esas prácticas. Los estamentos jurisdiccionales de los países en desarrollo tienen a ser menos renuentes a la hora de condenar la fijación abusiva de precios porque sus mercados pueden estar más concentrados y, como las barreras a la entrada son altas, la eliminación de un competidor pequeño puede acarrear mayores

<sup>5</sup> *Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

<sup>6</sup> Véase la causa T-83/91 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Tetra Pak International SA c. la Comisión*, [1994] ECR II-755. CFI aff'd Case C-333/94P [1996] ECR I-5951.

problemas. Por otra parte, los consumidores y las pequeñas empresas de los países en desarrollo pueden beneficiarse más de unos precios bajos, con lo que los organismos estarán menos dispuestos a intervenir. Así pues, es necesario alcanzar el equilibrio caso por caso.

17. El comportamiento abusivo no se limita a la fijación de precios. Hay otros medios, como la adquisición de bienes o servicios con objeto de suspender las actividades de un competidor puede considerarse comportamiento abusivo. Asimismo, la negativa de una empresa que se encuentre en una posición de dominio a suministrar a un cliente un material indispensable para realizar actividades de producción que puedan convertirlo en competidor puede, en determinadas circunstancias, considerarse un comportamiento abusivo.

---

*Región/país*

---

### **Asia/Pacífico**

Australia

La fijación abusiva de precios se contempla en dos disposiciones de la Ley sobre las prácticas comerciales de 1974.

En el párrafo 1 del artículo 46 de la ley figura la prohibición general:

Una empresa que ejerza un grado sustancial de poder en un mercado no deberá aprovecharse de su poder en ese mercado o en cualquier otro para alcanzar alguno de los tres fines prohibidos.

Si la empresa proporciona durante un determinado período de tiempo bienes o servicios a un precio inferior al costo que la provisión de esos bienes o servicios supone para la empresa, en el apartado AAA del párrafo 1 del artículo 46 se establece que esa empresa estaría cometiendo una infracción, incluso si no está en condiciones, ni lo estará nunca, de recuperar las pérdidas sufridas al proporcionar esos bienes o servicios. Es decir, para que se aplique la prohibición general establecida en el párrafo 1 del artículo 46 no se requiere que se pueda recuperar lo perdido.

Prohibición establecida en el apartado AA del párrafo 1 del artículo 46 de la ley:

Una empresa que tenga una cuota de mercado sustancial no podrá proporcionar, ni ofrecer, bienes o servicios durante un período determinado a un precio inferior al costo que supone para la empresa la provisión de esos bienes o servicios para alcanzar alguno de los tres fines prohibidos.

Esa prohibición difiere de la prohibición general establecida en el párrafo 1 del artículo 46 en dos aspectos clave:

- i) La disposición se aplica si la empresa tiene una "cuota de mercado sustancial" en lugar de "un grado de poder sustancial"; y
- ii) No se requiere que la empresa "se aproveche" de su cuota de mercado.

*Región/país*

|                       |  |
|-----------------------|--|
| China                 | Un ejemplo de normativa sobre fijación abusiva de precios aparece en la Ley de represión de la competencia desleal de la República Popular de China, de 2 de septiembre de 1993. En el artículo 11 de esa ley se establece que nadie (ya sea una empresa o un particular) podrá vender sus mercancías a un precio inferior al costo con el fin de excluir del mercado a sus competidores. En la ley se enumeran también los casos en que las prácticas de fijación de precios bajos no deben considerarse anticompetitivas, como la venta de productos frescos, la reducción de precios por fin de temporada, el cambio de línea de producción o el cese de la actividad comercial.  |
| Mongolia              | En el párrafo 3 del artículo 4 de la Ley de Mongolia sobre prohibición de la competencia desleal se prohíbe también que una empresa dominante venda sus productos a un precio inferior al costo con intención de impedir la entrada de otras entidades económicas en el mercado o de excluirlas de él.   |
| <b>Europa (UE)</b>    |  |
| Unión Europea         | Según lo dispuesto en el artículo 102 del TFUE, la imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta constituye abuso de una posición dominante. En las directrices sobre las prioridades de la Comisión Europea para la aplicación del artículo 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (actualmente el artículo 102 del TFUE) a la conducta abusiva excluyente por parte de empresas dominantes se explica la forma en que la Comisión Europea analiza las conductas excluyentes basadas en los precios, incluida la fijación abusiva de precios. La Comisión Europea intervendrá normalmente cuando de las pruebas se desprenda que una empresa situada en una posición dominante muestra un comportamiento abusivo aceptando pérdidas o dejando de obtener beneficios a corto plazo deliberadamente a fin de conseguir la desaparición cierta o probable de uno o más de sus competidores reales o potenciales con miras a fortalecer o mantener su poder de mercado y causando así un perjuicio a los consumidores. |
| Hungría               | En el apartado h) del artículo 21 de la Ley sobre la competencia de Hungría se prohíbe fijar precios excesivamente bajos que no se basen en una mayor eficiencia en comparación con los competidores o que puedan excluir a éstos de los mercados pertinentes o impedir su entrada en ellos.   |
| <b>América Latina</b> |  |
| Brasil                | En la Ley N° 8884 de 1994 se prohíbe que una empresa situada en una posición dominante venda sin justificación productos por debajo del costo (arts. 20 y 21, XVIII).  |
| Colombia              | En el Decreto N° 2153 de 1992 se establece que, cuando exista una posición dominante, la fijación abusiva de precios se considerará una conducta prohibida. En la legislación se   |

## Región/país

establece expresamente que, cuando exista posición dominante, constituye abuso de la misma la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

**América del Norte**

## Estados Unidos

En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha sostenido que han de estar presentes dos elementos para que haya fijación abusiva de precios. En primer lugar, los precios reclamados han de ser "inferiores en una cuantía apropiada al costo", y en segundo término, el competidor que establece unos precios bajos ha de tener una "probabilidad peligrosa" de recuperar su inversión mediante unos precios por debajo del costo. (*Brooke Group Ltd. c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). Véase también *Cargill Inc. c. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104. 117 (1986)). El Tribunal Supremo de ese país ha manifestado que es importante distinguir entre un recorte de precios que favorece la competencia y una fijación abusiva anticompetitiva en razón de que "bajar los precios para vender más es frecuentemente la esencia misma de la competencia". *Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594 (1986).

b) *La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones del suministro o la compra de bienes o servicios, incluso mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre empresas participadas;*

18. Aunque no es habitual que tenga carácter anticompetitivo, la discriminación de precios —la conducta en virtud de la cual una empresa vende un producto o servicio a precios diferentes a pesar de que el costo de proporcionarlos sea el mismo— puede ser una estrategia para excluir a los competidores del mercado de forma desleal. La fijación de precios más bajos para los consumidores puede ser un signo de competencia, motivo por el cual esa discriminación raramente adquiere carácter anticompetitivo en un sentido económico. No obstante, el establecimiento de precios diferentes puede ser discriminatorio si no tiene una justificación comercial objetiva. Los denominados descuentos por fidelidad, por ejemplo, pueden carecer de una justificación comercial objetiva, en tanto que los descuentos por volumen pueden estar justificados por las economías de escala. No obstante, es necesario hacer hincapié en que el establecimiento de precios diferentes puede ser una consecuencia del ajuste de la empresa dominante al mercado, por ejemplo porque las negociaciones tuvieron lugar en distintas situaciones o simplemente porque un cliente fue más duro a la hora de negociar. Así pues, el organismo de defensa de la competencia ha de valorar cuidadosamente el impacto de la diferenciación de precios en cada uno de los casos.

19. La concesión de "descuentos por fidelidad" es una estrategia de discriminación en el precio en virtud de la cual un vendedor ofrece a los clientes un descuento si le compran un porcentaje sustancial del total de sus adquisiciones del producto de que se trate durante un



plazo determinado. Esos descuentos pueden ser eficientes y favorecer el bienestar del consumidor al suponer una reducción de los precios. Sin embargo, en ciertas circunstancias, pueden también atentar contra la competencia cuando las empresas que los aplican tienen poder de mercado. La relación entre las condiciones necesarias para obtener el descuento y la recompensa de obtener un precio menor puede dar lugar a una práctica excluyente que atente contra la competencia. El efecto anticompetitivo puede guardar relación con un comportamiento abusivo en el establecimiento del margen ("analogía de predación") o con la obtención de ventas garantizadas a fin de excluir a los competidores de un mercado en disputa ("analogía de agrupación")<sup>7</sup>.

20. La discriminación basada en los precios incluye también el caso en que una empresa cobra el mismo precio a pesar de que los costos derivados de suministrar a cada cliente son diferentes. Pueden citarse como ejemplo la fijación de un "precio de entrega", es decir, de un precio uniforme de venta independientemente del lugar de entrega (sean cuales sean los costos de transporte del vendedor) y la fijación de un "precio de base", es decir, de un precio en función de un punto de venta designado (en el que el vendedor incluye los gastos de transporte desde ese punto independientemente del lugar desde donde se expida realmente y demás costos).

21. La prohibición de la discriminación comprende asimismo las modalidades y condiciones de la oferta o la compra de bienes o servicios. Por ejemplo, la concesión diferenciada de facilidades de crédito o de prestaciones accesorias en el suministro de bienes y servicios también puede ser discriminatoria.

#### **Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Discriminación basada en el precio**

---

##### *Región/país*

---

|          |  |
|----------|--|
| Perú     | En el Perú, aunque las leyes consideran que la fijación discriminatoria de precios es un ejemplo de comportamiento abusivo, también establecen que no constituirán abuso de posición de dominio los descuentos y primas que obedecen a prácticas comerciales normalmente admitidas, que se conceden en razón de circunstancias especiales, como son el pago anticipado, la cantidad, el volumen, etc., siempre que se hagan en condiciones similares a todos los consumidores (artículo 10.2 b) del Decreto legislativo N° 1034 por el que se aprobó la Ley de represión de conductas anticompetitivas).   |
| Colombia | En el Decreto N° 2153 de 1992 se establece que cuando exista una posición dominante se considerarán abusivos los siguientes actos: aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; vender o prestar servicios en alguna parte del país a un precio diferente de aquél a que se ofrece en otra parte del país, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción; la venta o un comprador en condiciones |

---

<sup>7</sup> Padilla, A. Jorge. "The Law and Economics of Loyalty Rebates"

| <i>Región/país</i> |   |
|--------------------|---|
|                    | diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.   |
| Australia          | En el párrafo 1 del artículo 49 de la antigua Ley de prácticas comerciales de 1974 de Australia, la prohibición de la discriminación no se limitaba a las discriminaciones basadas en los precios sino que abarcaba también los créditos, otras prestaciones y el pago de los servicios suministrados en relación con los bienes. También se señalaba que las diferencias en las condiciones y requisitos no debían considerarse ilegales cuando correspondieran a diferencias en los costos. Con carácter más general, impedir a las empresas que ofreciesen precios inferiores a algunos clientes bien podía tener por resultado desalentar a las empresas, que no harían rebajas de precios a nadie. Sin embargo, la Ley de prácticas comerciales de 1974 se derogó en 1995 y conductas que quedaban prohibidas por esa disposición pueden ahora en cambio examinarse a la luz del artículo 45, si redundan en una merma sustancial de la competencia, o del artículo 46 si se traducen en un abuso del poder de mercado por parte de una empresa. |

*c) La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías, incluidas las importadas y las exportadas;*

22. La fijación del precio de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele denominarse imposición de precios de reventa. En varias leyes sobre la competencia, la imposición de precios se considera ilegal en sí misma, en tanto que en otras se aplica a esa práctica el criterio del carácter razonable, ya que también puede favorecer la competencia. La imposición de precios de reventa puede ser, por ejemplo, una forma de fomentar la inversión en servicios y actividades promocionales por parte de los vendedores al por menor, con lo que consiguen deshacerse de los beneficiarios parásitos. Sin embargo, también puede facilitar la creación de cárteles al facilitar a sus miembros la búsqueda de fabricantes dispuestos a rebajar los precios.

23. En ese contexto, es necesario hacer hincapié también en que son varias las leyes sobre la competencia en las que la imposición de los precios al por menor no se considera un tipo específico de abuso de una posición dominante, sino un caso particular de los acuerdos verticales anticompetitivos.

#### **Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Imposición de los precios de reventa**

*Región/país*

##### **América Latina**

|        |   |
|--------|---|
| Brasil | En la Ley N° 8884 de 1994 se prohíbe que una empresa con una posición dominante imponga a los distribuidores, vendedores al por menor y representantes de un determinado producto o |
|--------|---|

| <i>Región/país</i>       |   |
|--------------------------|---|
|                          | servicio precios al por menor, descuentos, condiciones de pago, volúmenes mínimos o máximos, márgenes de beneficio o cualquier otra condición comercial relacionada con sus relaciones con terceros (arts. 20 y 21, XI).  |
| <b>Europa (UE)</b>       |   |
| Unión Europea            | En la legislación de la Unión Europea sobre la competencia la imposición de precios de reventa no se considera como un tipo específico de abuso de una posición dominante, sino como una característica anticompetitiva de los acuerdos verticales, Según el apartado a) del artículo 4 de la exención en bloque para determinadas categorías de acuerdos verticales de 2010, la imposición de precios de reventa constituye una restricción abierta que excluye la aplicación de la exención en bloque al acuerdo vertical de que se trate; se define como una restricción de la capacidad del comprador para determinar su precio de venta, sin perjuicio de la posibilidad de que el proveedor pueda imponer un precio de venta máximo o recomendar un precio de venta, siempre que no equivalga a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de la presión o de los incentivos de alguna de las partes.  |
| Suecia                   | En Suecia, se ha preferido un enfoque económico en el mantenimiento de los precios de reventa. Establecer unos precios mínimos con un efecto apreciable sobre la competencia queda incluido en la prohibición de una cooperación anticompetitiva tal como figura en la Ley sueca sobre la competencia. Con todo, establecer unos precios máximos no está prohibido con carácter general.  |
| <b>América del Norte</b> |   |
| Canadá                   | Anteriormente, en virtud de la legislación canadiense sobre la competencia se imponían sanciones penales por la fijación del precio de reventa. No obstante, en 2009 se sustituyó esa vía penal por una disposición de carácter civil que permite al Tribunal de Defensa de la Competencia del Canadá prohibir la práctica únicamente si tiene un "efecto nocivo en la competencia" (véase el artículo 76 de la Ley de defensa de la competencia del Canadá). Obsérvese que esa disposición no se aplica únicamente a las empresas que disfrutaban de una posición dominante, sino a cualquiera que: a) se dedique comercialmente a la producción o provisión de un producto; b) ofrezca crédito mediante tarjetas de crédito o participe de cualquier otra forma en un negocio relacionado con las tarjetas de crédito; o c) sea titular de privilegios y derechos exclusivos conferidos por una patente, marca comercial, derecho de autor, modelo industrial registrado o topografía de circuito integrado registrada. |
| Estados Unidos           | En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha mantenido que un precio mínimo de reventa es intrínsecamente ilegal a tenor de la sección primera de la Ley Sherman, pero que debe haber un   |

---

*Región/país*


---

acuerdo efectivo que requiera del distribuidor que se adhiera a unos precios específicos. Véase *Business Elecs. Corp. c. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988). Como mantener un precio máximo de reventa puede conducir a precios bajos, el Tribunal Supremo ha fallado recientemente que ese mantenimiento no es intrínsecamente ilegal. En vez de eso, el Tribunal aplicó en ese caso el análisis de la conducta razonable, según el cual era necesario examinar el acuerdo para determinar si ciertamente atentaba contra la competencia. Véase: *Leegin Creative Leather Products Inc. c. PSKS Inc. dba Kay's Kloset*, 551 U.S. 877 (2007).

---

*d) Las restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados;*

24. Las importaciones paralelas constituyen la forma más habitual de las restricciones a que se hace referencia en el apartado d) del artículo 2 del capítulo IV de la Ley tipo de defensa de la competencia. Denominadas también importaciones "grises" por quienes pretenden desacreditarlas, pueden describirse como bienes producidos amparados por un derecho de propiedad intelectual (marca comercial, patente o derecho de autor, por ejemplo) cuyo titular, u otra persona que actúa con su consentimiento, pone en circulación en un mercado determinado y después se importa a un segundo mercado sin la autorización de quien posee el derecho de propiedad intelectual en ese mercado. Ese propietario suele ser un empresario local legítimo que intentará impedir las importaciones paralelas a fin de evitar la competencia dentro de una misma marca. La utilización de marcas diferentes para el mismo producto en distintos países, a fin de disfrazar el agotamiento internacional e impedir las importaciones de un país a otro, es otro ejemplo de las prácticas que se contemplan en la mencionada disposición de la Ley tipo de defensa de la competencia<sup>8</sup>.

25. La capacidad del titular de un derecho para impedir legalmente las importaciones paralelas a un mercado concreto depende de la legislación del país importador en las esferas de la propiedad intelectual y la competencia. En un régimen de propiedad intelectual

---

<sup>8</sup> Esa práctica fue la base del fallo del Tribunal de Justicia 3/78 [1978] ECR 1823. En una acción judicial ejercitada por Centrafarm B. V. contra American Home Products Corporation (AHP), Centrafarm alegó que, como importador paralelo, tenía derecho a vender sin autorización en los Países Bajos un determinado medicamento con el nombre comercial "Seresta". Esta última empresa lo ofrecía a la venta en el Reino Unido con el nombre de "Serenid D", puesto que los medicamentos eran idénticos. AHP denunció una violación de sus derechos de propiedad intelectual, en tanto que Centrafarm afirmó que ambos medicamentos eran idénticos y que esos derechos se extinguieron al comercializar el medicamento en el mercado del Reino Unido. En ese caso, el Tribunal falló que el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual podía constituir una restricción disfrazada del comercio en la CEE si se demostraba que la práctica de utilizar marcas diferentes para el mismo producto, o de impedir el uso de una marca en mercancías reenvasadas, se había adoptado para conseguir la división de los mercados y mantener unos precios artificialmente elevados.

centrado en el agotamiento nacional se reconocerá el derecho a impedir las importaciones paralelas, en tanto que en otro centrado en el agotamiento internacional esas importaciones serán legales. En el caso de régimen centrado en el agotamiento nacional, los derechos exclusivos de distribución terminan con la primera venta dentro de un país, pero eso no tendrá efecto en la existencia de derechos exclusivos de distribución en otro país, con lo que los titulares locales de derechos de propiedad intelectual de ese otro país tendrán derecho a excluir las importaciones paralelas procedentes del país de primera venta. En el caso de un régimen centrado en el agotamiento internacional, los derechos exclusivos de distribución terminan con la primera venta en cualquier lugar del mundo, por lo que no pueden excluirse las importaciones paralelas<sup>9</sup>. Por último, en un régimen centrado en el agotamiento regional, los derechos exclusivos de distribución concluyen con la primera venta de los bienes protegidos dentro de una región determinada, con lo que se permite la importación paralela dentro de esa región, pero no desde fuera de la región. En ese contexto, cabe señalar que todos esos regímenes se ajustan a la norma mínima<sup>10</sup> establecida en el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>11</sup>.

26. Quienes propugnan la prohibición de las importaciones paralelas afirman que el titular de un derecho de propiedad intelectual en un mercado local que actúa como vendedor al por menor con un territorio exclusivo estará más dispuesto a invertir en la prestación de servicios al consumidor, como el asesoramiento antes de la venta, etc., si sabe que ningún posible competidor podrá aprovecharse de sus esfuerzos. Desde ese punto de vista, esos incentivos justificarían la prohibición de las importaciones paralelas.

27. Quienes se oponen a la prohibición de las importaciones paralelas se centran más en los efectos negativos de esa prohibición en la competencia dentro de una misma marca. En particular, en los ámbitos jurisdiccionales regionales orientados a la integración del mercado, como la Unión Europea, se permiten las importaciones paralelas dentro de su mercado común. Desde ese punto de vista, las importaciones paralelas representan un medio importante para alcanzar el equilibrio entre la protección de los derechos exclusivos y la libre circulación de bienes.

28. En resumen, el planteamiento legislativo de las importaciones paralelas varía según cuál de las dos perspectivas mencionadas anteriormente se favorezca. No obstante, cabe señalar que en los ámbitos jurisdiccionales en que se permiten las importaciones paralelas los intentos de impedir las no se consideran normalmente un tipo específico de comportamiento abusivo por parte de una empresa que se encuentra en una posición dominante, sino que pueden considerarse como una restricción vertical anticompetitiva.

### **Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Restricciones a la importación de bienes**

---

#### *Región/país*

---

|               |  |
|---------------|--|
| Japón         | El Japón, por ejemplo, ha adoptado medidas para evitar que se impidan deslealmente las importaciones paralelas de vajillas de porcelana de marca, pianos, helados o automóviles. |
| Unión Europea | De conformidad con el principio del agotamiento en toda la Unión Europea, los titulares de derechos de propiedad   |

---

<sup>9</sup> Véase: Maskus K (2001). "Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries". Puede consultarse en [http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa\\_maskus\\_pi.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf).

<sup>10</sup> Véase el artículo 6 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>11</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

## Región/país

intelectual no pueden restringir las importaciones paralelas dentro de la Unión. Esa ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su fallo que sentó precedente en la causa *Deutsche Grammophon/Metro*<sup>12</sup>: "El ejercicio por el titular del derecho exclusivo de poner en circulación los objetos protegidos que deriva de la legislación de un Estado miembro, para prohibir la comercialización en ese Estado de productos que han sido vendidos por el mismo o con su consentimiento en otro Estado miembro, por el solo motivo de que esta puesta en circulación no hubiera tenido lugar sobre el territorio del primer Estado miembro. Tal prohibición, consagrando el aislamiento de los mercados nacionales, choca con la finalidad esencial del Tratado, que tiende a la fusión de los mercados nacionales en un mercado único."

## Nueva Zelanda

Las importaciones paralelas son legítimas cuando se cumplen las condiciones establecidas en el apartado a) del párrafo 5 del artículo 12 de la Ley N° 143 sobre derechos de propiedad intelectual de 1994. El texto de esa disposición es el siguiente:

"No se considerará que un artículo que una persona importe o se proponga importar a Nueva Zelanda infringe la norma sobre la copia establecida en el apartado b) del artículo 3 si:

a) Fue fabricado por el titular de los derechos de autor sobre la obra en cuestión en el país en que se elaboró, o de cualquier otro derecho de propiedad intelectual equivalente, o con su consentimiento; o

b) En caso de que nadie posea los derechos de autor, u otro derecho de propiedad intelectual equivalente, sobre la obra en cuestión en el país en que se elaboró:

i) Hubiese expirado la protección de los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) de que anteriormente hubiera gozado la obra en cuestión en ese país;

ii) La persona que pudiera reclamar los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en cuestión en ese país no hubiera adoptado las medidas legales a su disposición para obtener los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en ese país;

iii) El objeto sea una copia en tres dimensiones de una obra de arte que se haya utilizado industrialmente en ese país de la forma prescrita en el párrafo 4 del artículo 75;

<sup>12</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 78/70 [1971] E.C.R. 487.

---

*Región/país*

---

iv) El objeto hubiera sido elaborado en ese país por el titular de los derechos de autor sobre la obra en Nueva Zelanda, o con su consentimiento."

---

*e) Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio:*

*i) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;*

29. Como norma general, las empresas tienen libertad para contratar y, por tanto, tienen derecho a negarse a tratar con otras empresas. Las jurisdicciones reconocen que la imposición de una obligación de tratar puede conducir a una disminución de la inversión y la innovación. No obstante, en algunas circunstancias, la negativa a tratar puede utilizarse como un medio para excluir a los competidores o para otorgar una ventaja competitiva a otra empresa. Es especialmente probable que esto ocurra cuando una empresa que goza de una posición dominante controla un producto o servicio esencial, es decir, cuando esa empresa controla el suministro de productos o la prestación de servicios que son imprescindibles para la actividad de sus competidores y que no pueden duplicarse a un costo razonable desde el punto de vista comercial. En esos casos, los efectos perjudiciales derivados de la exclusión de los competidores no pueden verse compensados por el fomento de la inversión y la innovación.

30. No obstante, no hay que perder de vista el hecho de que las negativas a tratar no son contrarias por sí mismas a la competencia y son un elemento más de los mercados competitivos. Las empresas deben tener, en general, libertad para tratar y también para conceder un trato preferencial a compradores habituales, sociedades conexas, detallistas que pagan en la fecha estipulada las mercancías que compran o que van a mantener la calidad, la imagen, etc. del producto del fabricante. Lo mismo cabe decir cuando una compañía anuncia con antelación en qué circunstancias se negará a vender.

#### **Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Negativa a tratar**

---

*Región/país*

---

|                |   |
|----------------|---|
| Brasil         | En la Ley N° 8884 de 1994 se prohíbe que una empresa situada en una posición dominante se niegue a la venta de un determinado producto o servicio con las condiciones de pago normalmente aplicables a las políticas y prácticas comerciales habituales (arts. 30 y 31, XIII).  |
| Estados Unidos | "El alto valor que hemos otorgado al derecho a negarse a tratar con otras empresas no significa que ese derecho no pueda ser cualificado ( <i>Aspen Skiing Co. c. Aspen Highlands Skiing Corp.</i> , 472 U.S. 585, 601, 105 S.Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985)). En determinadas circunstancias, la negativa a cooperar con los competidores puede constituir una conducta anticompetitiva que infrinja [el artículo 2]. Hemos sido muy cuidadosos al reconocer |

---

*Región/país*

---

esas excepciones por lo incierto de la conveniencia de obligar a tratar y la dificultad de detectar e impedir la conducta anticompetitiva de una sola empresa. (...)

Nunca hemos reconocido esa doctrina [productos esenciales] (...) y no creemos que sea necesario reconocerla o rechazarla aquí. A los fines que nos ocupa, baste señalar que el requisito indispensable para invocar la doctrina es la imposibilidad de acceder a los "productos esenciales"; cuando ese acceso existe, la doctrina no tiene utilidad alguna<sup>13</sup>."

---

*e) Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio:*

*[...]*

*ii) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la aceptación de restricciones en la distribución o fabricación de bienes competidores o de otros bienes;*

31. La conducta mencionada es muchas veces un aspecto de los "acuerdos de exclusividad" y puede definirse como la práctica comercial a cuyo tenor una empresa recibe los derechos exclusivos, en muchos casos dentro de un territorio determinado, para comprar, vender o revender los bienes o servicios de otra empresa. Como condición para la concesión de tales derechos exclusivos, el vendedor con frecuencia exige al comprador que no distribuya ni fabrique productos competidores.

32. En virtud de un acuerdo de esta índole, el distribuidor renuncia a parte de su libertad comercial a cambio de protección contra las ventas del producto de que se trate por los competidores. Las condiciones del acuerdo traducen normalmente las posiciones relativas de las partes en la negociación.

33. Los resultados de esas restricciones son semejantes a los que se logran mediante la integración vertical dentro de una entidad económica, puesto que los puntos de distribución están controlados por el proveedor aunque, en el primer caso, sin someter al distribuidor a una propiedad común.

34. Cabe señalar que un gran número de leyes sobre la competencia los acuerdos de distribución exclusiva no se contemplan solo bajo el epígrafe relativo a la prohibición del abuso de una posición dominante, sino también en el contexto de los acuerdos verticales que atentan contra la competencia.

---

<sup>13</sup> En relación con la negativa a tratar unilateral, véase: *los Estados Unidos c. Colgate & Co.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443. Véase también: *Eastman Kodak c. Image Technical Services Inc.*, 504 US 451 (1992) (sabiendo que el derecho monopolístico de negarse a tratar con un competidor no es absoluto, se permitió al jurado decidir si los motivos aducidos por el demandado no eran sino un pretexto).



*e) Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio:*

*[...]*

*iii) La imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, la forma o las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;*

35. Los acuerdos entre un proveedor y su distribuidor a menudo implican la asignación de un territorio determinado (reparto de áreas territoriales y clientes), es decir, un territorio en el cual y una clientela con la cual el distribuidor puede comerciar. Cabe, por ejemplo, que el distribuidor deba limitarse a vender al por mayor el producto de que se trate a los mayoristas o sólo venderlo directamente a minoristas. La finalidad de esas restricciones suele ser minimizar la competencia interna de una marca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Los efectos de tales restricciones se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente a falta de una fuerte competencia entre marcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia entre marcas pueden ser positivas o favorables cuando exista en el mercado mucha competencia entre marcas.

36. El reparto de áreas territoriales puede consistir en la asignación por el proveedor al distribuidor de un territorio determinado, en la inteligencia de que el distribuidor no venderá a clientes fuera de ese territorio ni a clientes que, a su vez, puedan vender los productos en otra zona del país.

37. El reparto de la clientela guarda relación con los casos en que el proveedor exige al comprador que venda sólo a una clase determinada de clientes, por ejemplo que venda sólo a minoristas. Las razones de tal requisito son el deseo del fabricante de mantener o promover la imagen o la calidad del producto, o el hecho de que el proveedor desee reservar las ventas al por mayor a compradores de grandes cantidades, como las ventas de vehículos a parques de automóviles o a las administraciones públicas. El reparto de clientela también puede tener como finalidad limitar las ventas finales a ciertos puntos de distribución, por ejemplo minoristas autorizados que reúnan determinadas condiciones. Tales restricciones pueden estar dirigidas a privar de suministros a minoristas independientes o que ofrezcan descuentos, a fin de imponer precios de reventa y limitar los lugares de venta y servicio.

38. Los acuerdos de reparto de territorios y clientela sirven para ejecutar los acuerdos de exclusividad que permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición de dominio en la oferta del producto de que se trate, aislar determinados mercados entre sí y de ese modo fijar precios diferentes según el nivel que admita cada mercado. Además, los sistemas de distribución selectiva tienden muchas veces a impedir la reventa mediante la exportación fuera del territorio asignado por temor a una competencia de precios en zonas en las que éstos se fijan al nivel más alto.

39. En este contexto, cabe señalar, una vez más, que en un gran número de leyes de defensa de la competencia los sistemas de distribución exclusiva y selectiva se contemplan no solo en las disposiciones relativas al abuso de una posición dominante, sino en las que prohíben los acuerdos verticales que atentan contra la competencia.

e) *Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio:*

[...]

iv) *La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de un tercero designado por él.*

40. Ese comportamiento se conoce generalmente como vinculación y agrupación. La agrupación supone el ofrecimiento de dos o más productos juntos (por ejemplo, los bienes A y B). La agrupación pura entraña que los productos sólo se venden juntos (por ejemplo A+B). La agrupación mixta supone la venta de ambos productos juntos (A+B) y por separado (A, B), en cuyo caso el primero se ofrece con un descuento en el precio – "descuento por agrupación". La vinculación es una práctica similar en virtud de la cual el producto solicitado sólo se ofrece junto con el producto "vinculado", que también puede obtenerse por separado (A+B, B). El producto "vinculado" puede ser de un género totalmente diferente al del producto solicitado o bien un producto de una línea similar. Los acuerdos de ventas vinculadas se imponen a menudo para promover los productos más difíciles de vender y, en particular, los que están sujetos a una competencia más intensa de bienes sustitutivos. El proveedor, en razón de su posición de dominio con respecto al producto solicitado, puede imponer como condición de su venta la aceptación de los otros productos.

41. Las prácticas de "vinculación y agrupación" puede atentar contra la competencia provocando el cierre anticompetitivo de empresas y contribuyendo al mantenimiento o el fortalecimiento del poder de mercado. La mayoría de las jurisdicciones entienden que el organismo de defensa de la competencia debe detectar los efectos anticompetitivos de los acuerdos de vinculación y agrupación, en tanto que la empresa que se encuentra en una posición de dominio ha de demostrar que su conducta está justificada por criterios de eficiencia.

#### **Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – "Vinculación o agrupación de las operaciones"**

*Región/país*

##### **América Latina**

Brasil En la Ley N° 8884 de 1994 se prohíbe que una empresa que goce de una posición dominante condicione la venta de un producto a la adquisición de otro o la contratación de un servicio o condicione la prestación de un servicio a la contratación de otro o la adquisición de un producto (arts. 20 y 21, XXIII).

##### **América del Norte**

Estados Unidos El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido los acuerdos de vinculación como "todo acuerdo de una parte para vender un producto pero sólo con la condición de que el

Región/país

comprador también adquiriera un producto diferente (o vinculado) o no compre el producto a ningún otro proveedor"<sup>14</sup>.

Se ha determinado que los acuerdos de vinculación son ilegales cuando los vendedores recurren a su poder de mercado en relación con un producto para obligar a adquirir otro a compradores que no desean hacerlo<sup>15</sup>. Ha lugar a la responsabilidad por motivos de vinculación al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Sherman cuando: i) se trata de dos productos distintos; ii) la empresa no ofrece a sus clientes más alternativa que adquirir el producto vinculado para obtener el producto vinculante; iii) el acuerdo afecta a un volumen sustancial del comercio interestatal; y iv) la empresa goza de "poder de mercado" en relación con el producto vinculante<sup>16</sup>.

### III. Autorización o exención

*Los actos, prácticas o transacciones que no estén totalmente prohibidos por ley podrán ser autorizados o declarados exentos si se notifican, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7, antes de que sean llevados a efecto, si se ponen abiertamente en conocimiento de las autoridades competentes todos los datos pertinentes, si se ofrece a las partes afectadas la posibilidad de ser oídas y si se resuelve después que la conducta propuesta, modificada o reglamentada en su caso, es compatible con los objetivos de la ley.*

42. En algunos regímenes sobre la competencia, el organismo encargado de su defensa puede autorizar un comportamiento que no sea competitivo en sí mismo cuando los posibles aumentos de la eficiencia compensen los efectos anticompetitivos. En la legislación europea sobre la competencia se siguió ese enfoque con respecto a las prácticas concertadas y los acuerdos anticompetitivos hasta 2004. Es decir, la Comisión Europea no solo estaba facultada para adoptar exenciones en bloque que aclarasen las condiciones en las que determinadas categorías de contratos no debían considerarse anticompetitivas, sino que también autorizaba individualmente determinados contratos y prácticas concertadas cuando las empresas interesadas presentaban una solicitud al respecto. Esa última posibilidad se abandonó en 2004 y ahora corresponde a las empresas establecer que su comportamiento se ajusta a los requisitos de la legislación en materia de competencia.

43. No todos los países que redactaron sus leyes sobre la competencia siguiendo el modelo de la Unión Europea han adoptado de forma uniforme la modificación hacia la autoevaluación por parte de las empresas. En varios sistemas legislativos en materia de competencia de África, por ejemplo, el organismo de defensa de la competencia sigue estando facultado para conceder exenciones individuales a determinados acuerdos y

<sup>14</sup> *Northern Pacific Railway Co. c. los Estados Unidos*, 356 U.S. 1, 5 6, 78 S. CT. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

<sup>15</sup> Véanse: *Jefferson Parish Hospital District No. 2 c. Hyde*, 466 V.S.2, 12(1984); *Northern Pacific Railway Co. c. los Estados Unidos*, 356 US1, 6(1958); *Times-Picayune Publishing Co. c. los Estados Unidos*, 345 US 594, 605 (1953).

<sup>16</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 c. Hyde*, 466 US.2 (1984); *Eastman Kodak Co. c. Image Technical Services Inc.*, 504 US. 451, 461-62 (1992).

prácticas concertadas. Puede encontrarse más información sobre esta cuestión en los comentarios a los capítulos 3 y 5.

44. Cabe señalar aquí que, tradicionalmente, las autorizaciones y exenciones solo se refieren a prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos. No obstante, no se excluye que en algunos sistemas jurídicos sobre la competencia se contemple también esa posibilidad en relación con el abuso de una posición dominante.

---