



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

Distr. limitada
17 de mayo de 2017
Español
Original: inglés

Junta de Comercio y Desarrollo
Comisión de Comercio y Desarrollo
**Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho
y Política de la Competencia**
16° período de sesiones
Ginebra, 5 a 7 de julio de 2017
Tema 3 del programa provisional
**Programa de trabajo, incluidas las actividades de fomento
de la capacidad y de asistencia técnica en materia
de derecho y política de la competencia**

**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017) –
Capítulo II revisado***

* Se trata de un borrador para el debate sobre la Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017), capítulo II revisado, que es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.2. El presente documento no ha sido objeto de revisión editorial oficial.



Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2017) – Capítulo II

Definiciones y ámbito de aplicación

I. Definiciones

a) Por “empresa” se entiende toda firma, sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ella.

b) Por “posición dominante en el mercado” se entiende la situación en que 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.

c) Por “fusiones y adquisiciones” se entiende la situación en que mediante una operación jurídica dos o más empresas unifican legalmente la propiedad de sus activos que anteriormente estaban sometidos a un control separado. Quedan incluidas las absorciones, las empresas conjuntas de concentración y otros modos de adquisición de control tales como la vinculación por medio de consejeros comunes.

d) Por “mercado pertinente” se entiende el mercado de referencia donde se dan las condiciones generales en que vendedores y compradores intercambian bienes, e implica la determinación de los límites que identifican a grupos de vendedores y compradores de mercancías donde es probable que se restrinja la competencia. Requiere delimitar el producto y el área geográfica en que respecto de determinados grupos de bienes, compradores y vendedores interactúan para establecer los precios y la producción. Debería incluir todos los productos o servicios razonablemente sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso dieran lugar a un aumento no insignificante de los precios.

II. Ámbito de aplicación

a) Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, transacciones o actos relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.

b) Se aplica a toda persona natural que, obrando a título privado como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

c) No se aplica a los actos soberanos del propio Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión.

Comentarios al capítulo II y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

I. Definiciones

Introducción

1. La mayoría de las leyes sobre competencia contienen una sección dedicada a definiciones. Algunas incluyen una serie preliminar de definiciones en la que se enumeran las expresiones utilizadas en la legislación; otras incluyen la definición de un término solo en el artículo de la ley en que se utiliza dicho término. En este último caso, se plantea la cuestión de si la definición es aplicable solamente al artículo respectivo o si también ha de guiar la interpretación de los demás artículos de la ley. Esta cuestión debe resolverse según las reglas de interpretación en determinado ordenamiento jurídico.

2. Las definiciones permiten interpretar la ley con mayor facilidad y evitan las confusiones o la ambigüedad. Para tal fin, se estipulan en ellas los elementos esenciales para la aplicación de expresiones que en el uso corriente pueden tener significados inciertos o múltiples. Es posible también que atribuyan a una expresión un significado distinto del de su uso corriente, por ejemplo, ampliando o restringiendo el significado del término dentro del sentido de la ley.

3. Cuando se redacta una ley sobre competencia, el órgano legislativo debe tener en cuenta que las definiciones permiten asegurarse de que el órgano encargado de hacer cumplir las leyes aplique la ley de conformidad con la voluntad del órgano legislativo. Sin embargo, un número excesivo de definiciones o definiciones demasiado estrictas pueden también limitar la flexibilidad de las autoridades y sus facultades para ampliar o limitar el alcance de la ley según lo requieran las circunstancias sociales o económicas prevalecientes. Existe asimismo el riesgo de que la definición de un concepto cree una excepción o exención implícitamente (o por defecto).

4. Una técnica utilizada frecuentemente para formular definiciones jurídicas se vale de las definiciones resultantes de la jurisprudencia establecida y que, por tanto, no adolecen de ambigüedad y no crean discrepancias engorrosas entre distintas sentencias de los tribunales que socaven la intención del órgano legislativo. La adhesión a principios que gozan de amplia aceptación significa que las definiciones han pasado la prueba del tiempo y, con toda probabilidad, resistirán las impugnaciones ante los tribunales. Además, es más probable que, si una definición ha sido sometida a prueba —es decir, ha resistido las impugnaciones en la jurisprudencia de regímenes de competencia más maduros— los regímenes jurídicos sobre la competencia menos experimentados se sentirán más dispuestos a adoptarla.

5. A este respecto, los regímenes jurídicos de la competencia menos experimentados pueden beneficiarse gracias a las definiciones preparadas en ordenamientos jurídicos más experimentados, que han demostrado la utilidad de esas definiciones a lo largo del tiempo. Por ejemplo, si se compara a Barbados con Jamaica, habría que considerar que esta última tiene mayor experiencia y, sin duda, un régimen jurídico de la competencia más antiguo. La definición de “empresa” en la legislación de Jamaica excluye del ámbito de la legislación a una persona que “trabaje con arreglo a un contrato de empleo u ocupe el cargo de director o secretario de una compañía y que, en cualquiera de los casos, actúe a título de tal [...]”. En el caso de Barbados, se observa que la legislación que define el concepto de empresa lo hace de tal forma que también excluye a los “empleados” o “funcionarios” de un órgano del alcance de la legislación¹.

¹ Véase la definición de “empresa” en la sección preliminar de la Ley de Competencia Leal de Jamaica, Ley núm. 9 de 1993, y la Ley de Competencia Leal de Barbados, 2002-19, CAP.326C.

6. Teniendo en cuenta estos antecedentes, no debe sorprender que los regímenes jurídicos de la competencia menos experimentados, como los de Barbados, la India, Jamaica y Nigeria parezcan haber definido más términos que los más experimentados del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América y la Unión Europea, puesto que tenían acceso a definiciones derivadas de la jurisprudencia de esos países.

7. Además, en vista de las iniciativas internacionales encaminadas a la conversión y el desarrollo de las mejores prácticas en la aplicación de las leyes sobre competencia (por ejemplo, por la Red Internacional para la Competencia) y del intercambio de experiencias facilitado por organizaciones internacionales tales como la UNCTAD y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, no es coincidencia que las definiciones ofrecidas por distintas leyes tiendan a parecerse.

8. En los ordenamientos en que las reformas jurídicas suelen ser un proceso engorroso y prolongado, puede suceder que no se incluyan definiciones de los conceptos y términos del derecho de la competencia en una ley que ha de promulgarse oficialmente. Es posible que, en su lugar, el órgano encargado de la competencia las publique en directrices, notificaciones y documentos de debate. Por ejemplo, las enmiendas a la normativa europea sobre la competencia contenida en el Tratado de Lisboa² exigen la aprobación de todos los Estados miembros de la Unión Europea, y las enmiendas de las disposiciones sobre competencia que figuran en los reglamentos del Consejo exigen una mayoría calificada, lo cual puede entrañar un proceso altamente político y prolongado. Por consiguiente, la Comisión Europea incluye muchas definiciones y conceptos de las leyes sobre competencia en reglamentos y notificaciones.

9. La publicación de conceptos y definiciones del derecho de la competencia en directrices y documentos de debate puede constituir también un método para someterlos a prueba antes de proceder a reformas jurídicas. Sin embargo, debe advertirse que las definiciones contenidas en directrices, notificaciones y demás no tienen la autoridad de las definiciones contenidas en la ley.

Definiciones proporcionadas por la Ley Tipo de Defensa de la Competencia

10. En el capítulo II 1) de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia se proporcionan varias definiciones que figuran normalmente en las leyes sobre competencia. Sin embargo, debe subrayarse que esta lista no es exhaustiva. Por el contrario, una observación superficial inducirá probablemente al lector a preguntarse por qué, en comparación con las leyes típicas sobre competencia, la Ley Tipo contiene tan pocas definiciones. El capítulo de la Ley Tipo dedicado a las definiciones no incluye muchas definiciones que suelen encontrarse en diversas leyes de distintos países sobre la competencia: por ejemplo, no se definen los términos “filial” ni “empresa asociada” ni “acuerdo”.

11. La selección de definiciones más bien limitada que proporciona la Ley Tipo puede explicarse por el hecho de que fue redactada por consenso. No figura en ella nada que hubiera podido suscitar objeciones por parte de uno solo de los muchos Estados miembros que la negociaron. Existe cierta coincidencia de propósitos en los términos que sí se definen. Por ejemplo, los incluidos en la lista de la Ley Tipo son los que han sido convenidos por los diversos órganos reguladores de la competencia, y es posible señalar ciertos términos típicos que se definen en casi todas las leyes sobre competencia, y, se use o no el mismo término, es posible determinar que se trata de los mismos conceptos. Por ejemplo, en casi todas las leyes examinadas, se encuentra una definición que rige las disposiciones sustantivas de la ley aplicables a las entidades dedicadas a la actividad económica e incluso, a veces, a las actividades del Estado.

² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

a) Por “empresa” se entiende toda firma, sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ella.

12. Las leyes sobre la competencia se aplican generalmente a toda la gama de diversas entidades económicas que se describen en el capítulo II 1) a) de la Ley Tipo. Para no repetir toda la descripción en las disposiciones sustantivas de la ley, es de importancia decisiva una definición o comprensión subyacente de los sujetos de la aplicación de la ley. La definición de los sujetos de la aplicación de una ley sobre competencia exige especial cautela pues limita el ámbito subjetivo de aplicación de la ley.

13. Existen diferentes criterios. Como ya se dijo, algunos regímenes jurídicos de la competencia no proporcionan una definición de los sujetos de la aplicación de la ley en la propia ley sino que prefieren dejarlo a cargo de la jurisprudencia, con lo cual se va estableciendo una definición apropiada con el transcurso del tiempo; véase más adelante el ejemplo de la Unión Europea.

14. En los casos en que el órgano legislativo opta por dar una definición legal de los sujetos de la aplicación de la ley sobre la competencia, debe tenerse en cuenta la siguiente consideración. La enumeración de todas las formas de entidades económicas sujetas a la aplicación de la ley sobre competencia no permite aplicar la ley de manera flexible a nuevas formas de entidades económicas, que podrían no haber existido cuando se adoptó la definición estática. Por consiguiente, parece aconsejable permitir cierta flexibilidad cuando se definen los destinatarios de una ley sobre competencia, estipulando las características esenciales que determinan cuáles son los sujetos de la aplicación de la ley sobre competencia. Este criterio fue el seguido por la Ley Tipo de Defensa de la Competencia, que se centra en la realización de actividades comerciales cuando define las empresas como los sujetos de la aplicación de la ley.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Definición de los sujetos de la aplicación de la ley

País

Leyes sobre competencia que no definen a los sujetos de la aplicación

Unión Europea	<p>Los sujetos de la aplicación de la normativa sobre competencia de la Unión Europea son las “empresas”. Véanse, por ejemplo, los artículos 101 y 102 del TFUE, que prohíben los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre “empresas” que restrinjan la competencia y el abuso de la posición dominante de una “empresa”. Sin embargo, la normativa sobre competencia de la Unión Europea no proporciona una definición del término “empresa”.</p> <p>Con el transcurso del tiempo, se ha establecido una interpretación funcional del concepto de empresa en la jurisprudencia europea. En consecuencia, “toda entidad que se dedique a una actividad económica, independientemente de la condición jurídica de la entidad y de la forma en que esté financiada”³ se considera empresa sujeta a la normativa sobre competencia de la Unión Europea.</p>
---------------	---

³ Asunto planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-41/90 *Höfner y Elser c. Macrotron GmbH* [1991] E.C.R. I-1979.

País

Leyes sobre competencia que incluyen una definición de sus sujetos de la aplicación

Brasil	La ley de competencia del Brasil dispone que la “ley se aplica a las personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, así como a cualquier asociación de personas físicas o jurídicas, <i>de facto</i> o <i>de jure</i> , incluso temporal, constituidas o no en sociedad, incluso si realizan actividades empresariales en el marco del sistema de monopolio legal” ⁴ .
Perú	En el Perú, la ley de competencia “se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa” ⁵ .
Indonesia	Los sujetos de la aplicación de la ley sobre competencia de Indonesia son todos los agentes económicos definidos como “cualquier particular o entidad económica, constituida como entidad jurídica, establecida y con sede o actividades dentro de la jurisdicción de la República de Indonesia, individual o conjuntamente sobre la base de un acuerdo, que realice diversas actividades comerciales en la esfera económica” ⁶ .
India	La Ley de Competencia de la India de 2002 define la “empresa” como: “una persona o un departamento del Gobierno, que ejerza o haya ejercido cualquier actividad relacionada con la producción, almacenamiento, suministro, distribución, adquisición o control de artículos o bienes, o con la prestación de servicios de toda índole, o con una inversión, o que se dedique a suscribir, adquirir o tener acciones, obligaciones u otros títulos de cualquier empresa (o a negociar con ellos), ya sea directamente o por conducto de una o más de sus dependencias o divisiones o filiales, tanto si esas dependencias, divisiones o filiales están ubicadas en el mismo lugar donde esté domiciliada la empresa o en un lugar o lugares diferentes, pero no comprenden ninguna actividad del Gobierno relacionada con sus funciones soberanas, incluidas todas las actividades ejercidas por departamentos del Gobierno central que se ocupen de la energía atómica, la moneda, la defensa y el espacio” ⁷ .
Ucrania	En Ucrania, por entidad económica se entiende una persona jurídica con independencia de su organización, forma legal o modo de propiedad, o cuando se trate de una persona natural que se dedique a fabricar, vender o comprar productos o a otras actividades económicas, incluidas las personas que ejerzan un control sobre otra persona jurídica o natural; o bien un grupo de entidades económicas cuando una o varias de ellas ejerzan un control sobre las demás. Los organismos públicos tanto estatales como locales, y los de gestión y control administrativos y económicos también se considerarán entidades económicas cuando se dediquen a fabricar, vender y comprar productos o ejerzan otras actividades económicas ⁸ .

⁴ Ley núm. 12529, 30 de noviembre de 2011, art. 31.

⁵ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo núm. 1034, 2008, art. 2.

⁶ Ley núm. 5 de la República de Indonesia, de 1999, sobre la Prohibición de las Prácticas Monopolísticas y la Competencia Empresarial Desleal, art. 1 5).

⁷ Ley de Competencia de la India, 2002, núm. 12 de 2003, art. 2.

⁸ Ley de Ucrania sobre Protección de la Competencia Económica, 11 de enero de 2001, núm. 2210-III, art. 1.

País

Armenia	En la ley de competencia de Armenia, se indica que “la Ley se aplicará a las actividades o conductas de entidades económicas, órganos públicos y sus oficiales que den o puedan dar lugar a una restricción, prevención o prohibición de la competencia económica o actos de competencia desleal, excepto los casos que estén previstos por ley, o que puedan perjudicar a los derechos de los consumidores”; véase el artículo 2 1) de la Ley de la República de Armenia sobre la Protección de la Competencia Económica de 2000, en su forma modificada por la Ley HO-137-N, de 12 de abril de 2011.
República de Corea	La ley de competencia de la República de Corea se aplica a todas las empresas. Esto incluye a los empleados, funcionarios o agentes que actúen a nombre del “empresario”. Las excepciones en agricultura y ganadería, pesca, silvicultura y minería se abolieron cuando se revisó la ley (art. 2-1) ⁹ .
Zambia	La ley de competencia de Zambia se aplica a toda actividad económica en Zambia o que tenga un efecto en el país, salvo que las leyes dispongan otra cosa ¹⁰ . “Obliga al Estado en la medida en que el Estado realice actividades comerciales o empresariales para la producción, el suministro o la distribución de bienes o la prestación de cualquier servicio en un mercado abierto a la participación de otras empresas” ¹¹ . En el artículo 2 1) de la ley de competencia de Zambia, se define “empresa” como “una firma, sociedad, operación conjunta, corporación, compañía, asociación u otra persona jurídica que realice actividades comerciales e incluye sus sucursales, filiales u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellas”.

b) Por “posición dominante en el mercado” se entiende la situación en que 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.

15. La definición de “posición dominante en el mercado” se basa en la sección B i) 2) del Conjunto de Principios y Normas. Obsérvese que actualmente la mayoría de las leyes sobre competencia se refieren a una posición dominante en el mercado o a un considerable dominio de este. Ambas expresiones, que tienden a ser utilizadas de manera intercambiable, pueden definirse como el poderío económico de una empresa que le permite evitar una competencia efectiva en el mercado pertinente, al facultarla para actuar en medida apreciable de manera independiente de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores. En tal situación, la empresa está en condiciones de aumentar los precios sistemática y provechosamente por encima de los niveles competitivos. Para una explicación más detallada sobre esta cuestión, véanse los comentarios al capítulo IV de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia.

16. La definición del tipo de transacciones que están sujetas al control de la autoridad encargada de la competencia es de importancia decisiva para determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones de la ley de competencia relativas al control de las fusiones. La Ley Tipo optó por definir las “fusiones y adquisiciones” como aquellas transacciones que quedan sujetas al control de las fusiones. Obsérvese, con todo, que la terminología utilizada con fines de control de la fusión varía apreciablemente entre los diversos regímenes jurídicos de la competencia. Para mayores detalles, véanse los comentarios al capítulo VI de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia.

⁹ Ley de Regulación de Monopolios y Comercio Leal (República de Corea), Ley núm. 3320, 31 de diciembre de 1980, art. 2.1.

¹⁰ Ley de Competencia y Protección de los Consumidores, 2010, núm. 24 de 2010, art. 3 1).

¹¹ Ley de Competencia y Protección de los Consumidores de Zambia, 2010, núm. 24 de 2010, art. 3 2).

c) Por “fusiones y adquisiciones” se entiende la situación en que mediante una operación jurídica dos o más empresas unifican legalmente la propiedad de sus activos que anteriormente estaban sometidos a un control separado. Quedan incluidas las absorciones, las empresas conjuntas de concentración y otros modos de adquisición de control tales como la vinculación por medio de consejeros comunes.

d) Por “mercado pertinente” se entiende el mercado de referencia donde se dan las condiciones generales en que vendedores y compradores intercambian bienes, e implica la determinación de los límites que identifican a grupos de vendedores y compradores de mercancías donde es probable que se restrinja la competencia. Requiere delimitar el producto y el área geográfica en que respecto de determinados grupos de bienes, compradores y vendedores interactúan para establecer los precios y la producción. Debería incluir todos los productos o servicios razonablemente sustituibles y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso dieran lugar a un aumento no insignificante de los precios.

Fundamentos de la definición de mercado

17. Una de las principales preocupaciones del derecho de la competencia es el dominio del mercado. El dominio del mercado puede indicar a un evaluador varias cosas sobre una empresa, incluida su capacidad para aumentar los precios y limitar la libertad de elección, así como la capacidad de producción, afectando adversamente, de este modo, los intereses del consumidor. El dominio del mercado también permite a una empresa excluir a sus rivales del mercado, afectando así el nivel de competencia en ese mercado. Por consiguiente, para determinar el grado de dominio del mercado es necesario verificar la capacidad de una empresa de actuar en el mercado sin restricciones, y la condición previa natural para alcanzar ese objetivo es comprender de qué mercado se trata, es decir, quiénes participan en él —compradores, vendedores y usuarios finales— y cuáles son los bienes y productos sustitutivos que se ponen a disposición del consumidor en ese mercado. La determinación de cuál es el mercado pertinente o, en la lengua del derecho de la competencia, la definición del mercado pertinente, ayuda a un evaluador a “definir los límites de la competencia entre las empresas”¹², “identifica el teatro de la competencia y permite determinar quiénes participan en el mercado, así como la medida de su participación y concentración en el mercado”¹³.

18. Una consideración fundamental en las diversas iniciativas de los órganos reguladores encaminadas a determinar el grado de dominio del mercado es que la definición del mercado pertinente no constituye un fin en sí mismo sino más bien una clave para poner en juego otros instrumentos utilizados en el derecho de la competencia para evaluar el nivel de competencia en un mercado dado. Por ejemplo, en el caso de una fusión, la definición del mercado pertinente es requisito previo para la evaluación del nivel de competencia que prevalecerá probablemente en el mercado después de la fusión. En el caso de abuso de una posición dominante, se efectúa la determinación para evaluar la capacidad de una empresa de actuar en el mercado sin restricciones; y en el caso de un acuerdo anticompetitivo, se utiliza para determinar si el acuerdo tiene por efecto restringir la competencia. Por consiguiente, la definición de mercado pertinente lleva al evaluador a poner en juego conceptos como “dominio del mercado”, “ámbito de competencia efectiva”, “tamaño del mercado”, “mercado del producto”, “límites geográficos del mercado” y “grado de concentración”.

¹² Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO 1997 C372/5, [1998] 4 CMLR 177.

¹³ Proyecto revisado conjunto de directrices sobre fusiones horizontales de la Comisión Federal de Comercio del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, dado a conocer, para observaciones del público, el 20 de abril de 2010. Puede consultarse en <http://www.ftc.gov/os/2010/04/100420hmg.pdf>.

Técnica de definición del mercado

19. Como ya se dijo, el mercado pertinente delimita el entorno en que se produce efectivamente la competencia. A fin de definir el mercado pertinente, en el capítulo II 1) d) de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD se estipula que es preciso determinar qué productos específicos son objeto de las actividades competitivas pertinentes, así como el territorio geográfico en que se desarrollan esas actividades. Esta distinción entre el mercado pertinente del producto y el mercado geográfico pertinente goza de aceptación general. Los criterios para establecer ambas dimensiones del mercado pertinente se basan en el concepto de las posibilidades de sustitución por parte de la demanda.

El mercado pertinente del producto

20. A fin de determinar el mercado pertinente del producto es necesario, por tanto, establecer si el producto en cuestión es sustituible desde el punto de vista de la demanda. En la práctica se han aplicado dos criterios complementarios y estrechamente relacionados entre sí para determinar el mercado pertinente del producto o servicio, a saber, el carácter razonablemente intercambiable del uso y la elasticidad cruzada de la demanda. Para la aplicación del primer criterio se suelen tener en cuenta dos factores: si el uso final del producto y sus sucedáneos es o no fundamentalmente el mismo, o si las características físicas (o las cualidades técnicas) son lo bastante similares para que la clientela pueda cambiar de uno a otros con facilidad. El factor precio es el elemento central en la aplicación del criterio de la elasticidad cruzada. Consiste en determinar el aumento relativo de la cantidad demandada de un producto como respuesta al aumento relativo del precio de otro. En un mercado en el que la elasticidad cruzada sea elevada, un ligero aumento del precio de un producto tendrá por efecto que la clientela cambie al otro, indicando así que ambos productos compiten en el mismo mercado, mientras que una elasticidad cruzada baja indicará lo contrario, es decir, que los dos productos tienen mercados independientes.

21. Dicho de otro modo, la pregunta pertinente es si los consumidores de un producto específico lo cambiarían por sustitutos fácilmente accesibles en respuesta a un aumento del precio relativo, pequeño pero permanente, en los productos y zonas que se consideran. Esta prueba se denomina prueba del monopolio hipotético o prueba SSNIP (Small But Significant Non-Transitory Increase in Price).

22. Para determinar, por ejemplo, si las manzanas y las peras pertenecen al mismo mercado pertinente del producto, un órgano regulador de la competencia tendría que determinar si los consumidores dejarían de comprar manzanas y empezarían a comprar peras si el precio de las manzanas aumentara un 5% de manera permanente. Si el órgano llegara a la conclusión de que los consumidores empezarían efectivamente a comprar peras, concluiría entonces que manzanas y peras pertenecen al mismo mercado pertinente del producto. Sin embargo, si comprobase que los consumidores seguirían comprando manzanas pese al aumento de precio, tendría que considerar que solo las manzanas están comprendidas en el mercado pertinente del producto.

23. Si bien la posibilidad de sustitución por parte de la demanda constituye el criterio fundamental para definir el mercado pertinente, un órgano regulador de la competencia quizá deba evaluar también, en ciertas circunstancias, la posibilidad de sustitución por parte de la oferta. Se presenta la posibilidad de sustitución por parte de la oferta cuando los consumidores no consideran que ciertos productos sean sustitutos, sino cuando los productores pueden pasar fácilmente de la producción de un producto a otro sustitutivo. Por ejemplo, es muy posible que los consumidores no consideren que el agua embotellada con gas y sin gas sea sustituible. Sin embargo, los productores pueden pasar fácilmente de la fabricación de un producto a la del otro según los cambios en la demanda o el precio. Por consiguiente, es apropiado definir el mercado pertinente como el mercado de agua embotellada que incluye el agua tanto con gas como sin gas.

El mercado geográfico pertinente

24. El mercado geográfico es el segundo elemento que hay que tener en cuenta para determinar el mercado pertinente. Puede definirse en general como la zona en que los vendedores de un producto o servicio ejercen sus actividades. También puede definirse como un mercado en el que los vendedores de un producto o servicio pueden realizar sus operaciones sin trabas importantes¹⁴. El mercado geográfico pertinente puede ser de alcance regional, nacional o internacional. A nivel regional, puede comprender solo determinadas ciudades o incluso solo ciertos barrios de ellas, así como un conjunto de ciudades, todo el territorio de una provincia o estado federal o una región integrada por varias provincias o estados federales.

25. La definición de mercado geográfico pertinente se basa también en consideraciones derivadas de la demanda. El mercado geográfico pertinente es la zona en que el consumidor o comprador ordinario suele satisfacer su demanda. La pregunta pertinente para definir el alcance geográfico de los mercados de venta de provisiones al por menor, por ejemplo, sería: ¿cambiarán los consumidores un supermercado local por un supermercado situado en otro barrio de la ciudad si el supermercado local aumenta sus precios en un 5% de manera permanente?

26. Son varios los factores que intervienen en la determinación del mercado geográfico pertinente, como las desventajas en materia de precios por causa de los costos de transporte, el grado de dificultad para obtener bienes o servicios, las posibilidades de elección de los consumidores y el nivel funcional en que operan las empresas.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Definición de mercado pertinente

País

China	<p>En China, con arreglo al artículo 12 de la Ley Antimonopolio de la República Popular China, se entiende por mercado pertinente “el ámbito de los productos o ámbito territorial dentro del cual los operadores económicos compiten entre sí durante cierto tiempo respecto de productos o servicios específicos”.</p> <p>Además, según el artículo 3 de las “Directrices relativas a la definición de mercado pertinente” publicadas por el Comité Antimonopolio, en el concepto de “mercado pertinente” también se tienen en cuenta el tiempo o las innovaciones cuando se trata de propiedad intelectual.</p>
India	<p>En la Ley de Competencia de la India de 2002, artículo 2 r), s) y t), el mercado pertinente se define como sigue:</p> <p style="padding-left: 40px;">r) Por “mercado pertinente” se entiende el que pueda determinar la Comisión con referencia al mercado del producto o al mercado geográfico pertinente o a ambos;</p> <p style="padding-left: 40px;">s) Por “mercado geográfico pertinente” se entiende un mercado que comprenda las zonas donde las condiciones de la competencia tanto en la oferta como en la demanda de bienes o servicios sean claramente homogéneas y puedan distinguirse de las condiciones que se dan en zonas vecinas;</p>

¹⁴ Mediante un acuerdo anticompetitivo los productores pueden decidir no operar en determinadas zonas, lo que no sería motivo para una definición restrictiva del mercado geográfico (comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido).

País

t) Por “mercado del producto pertinente” se entiende un mercado que comprenda todos aquellos productos o servicios que se consideren intercambiables o sustituibles por el consumidor, en razón de sus características, sus precios y el uso al que se destinan [...]. En lo que atañe al “mercado del producto pertinente”, dicha Ley considera los factores siguientes (art. 19 7)):

- a) Características físicas o usos finales de los bienes;
- b) Precio de los bienes o servicios;
- c) Preferencias del consumidor;
- d) Exclusión de la producción para la propia empresa;
- e) Existencia de fabricantes especializados;
- f) Clasificación de productos industriales.

Para determinar el “mercado geográfico pertinente”, la Ley de Competencia de la India considera los factores siguientes (art. 19 6)):

- a) Barreras comerciales reglamentarias;
- b) Requisitos locales sobre especificaciones;
- c) Política de compras del sector público;
- d) Instalaciones adecuadas de distribución;
- e) Costos de transporte;
- f) Idioma;
- g) Preferencias de los consumidores;
- h) Necesidad de asegurar un suministro regular o unos servicios rápidos de posventa.

Kazajstán

En la Ley de la República de Kazajstán sobre la Competencia, 25 de diciembre de 2008, núm. 112-IV, artículo 6 14), se indica que por “mercado de bienes” se entiende “el ámbito de las transacciones de bienes o bienes intercambiables, que se determina teniendo en cuenta las oportunidades económicas, territoriales y tecnológicas, de que los consumidores adquieran dichos bienes”.

Además, en el artículo 6 3) se dispone que por bienes intercambiables se entiende “un grupo de bienes, que se pueden comparar por su propósito funcional, aplicación, calidad y características técnicas, precio y otros parámetros de manera que el consumidor los intercambia en el proceso de consumo (producción)”.

Ucrania

Ley de Ucrania sobre la Protección de la Competencia Económica, 11 de enero de 2001, núm. 2210-III, artículo 1.

El “mercado de un producto (mercado del producto)” se refiere a la esfera de intercambio de un producto (o productos que pueden sustituirse entre sí) respecto del cual existe demanda y oferta durante cierto tiempo y dentro de cierto territorio.

II. Ámbito de aplicación

a) Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, transacciones o actos relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.

b) Se aplica a toda persona natural que, obrando a título privado como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

c) No se aplica a los actos soberanos del propio Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión.

Introducción

27. Al impartir orientación en cuanto a las mejores prácticas de redacción de leyes sobre competencia, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia sugiere que la ley sea de aplicabilidad general, es decir, aplicable a todas las industrias, acuerdos y entidades dedicados al intercambio comercial de bienes y servicios. Sin embargo, a veces pueden existir razones económicas, jurídicas e incluso políticas para limitar la aplicabilidad general de una ley sobre competencia, y son estas consideraciones las que determinan el alcance de las leyes sobre competencia.

28. El alcance de una ley sobre competencia es, normalmente, el resultado de políticas basadas en circunstancias históricas y culturales y de los objetivos económicos definidos por los gobiernos (a veces bajo la influencia de grupos de interés u otros agentes que influyen en la formulación de políticas). La legislación sobre la competencia se desarrolla con el transcurso del tiempo, a medida que se van presentando distintos problemas al tratar de aplicar la ley. A continuación, se examinan las cuestiones que pueden determinar el alcance de la legislación sobre la competencia.

29. El criterio seguido por los encargados de formular políticas y los órganos legislativos con respecto a las normas que rigen cierto sector de la economía depende de los ideales que tengan sobre el funcionamiento correcto de un sistema de gobierno. Por ejemplo, se ha observado que la necesidad de asegurar la pluralidad y la diversidad de opiniones, distintivo de toda democracia que funcione debidamente, es una de las principales razones que explican la posición antitrust adoptada por los Estados Unidos para impedir una concentración excesiva en la industria de los medios de comunicación¹⁵. De este modo, en la década de 1970 se aprobó la Ley de Preservación de Periódicos, cuando muchas “ciudades con mercado para dos periódicos” se veían en peligro de perder la segunda voz. La Ley se aprobó para eximir ciertas operaciones conjuntas de los periódicos del control antitrust a fin de asegurar la supervivencia de algunos periódicos pequeños, de circulación local, en épocas de crisis económica¹⁶.

30. En el caso de muchas regiones, es una combinación de factores geográficos, económicos, demográficos y políticos lo que influye, orienta y determina el derecho y la política de la competencia en esa región.

31. El Tratado Revisado de Chaguaramas (2001), que es el tratado que rige el derecho de la competencia en la región de la Comunidad del Caribe (CARICOM), puede servir de ejemplo a este respecto. Partiendo de la base de que la Comunidad del Caribe es una “Comunidad de Estados Soberanos”, sus disposiciones han sido redactadas de modo que cada Estado miembro pueda limitar o delimitar el alcance de las leyes sobre competencia

¹⁵ Esta misma consideración ha influido en la concepción de las leyes sobre competencia de Alemania y del Reino Unido.

¹⁶ Véase UNCTAD (2002). Aplicación de las leyes sobre la competencia: exenciones y excepciones. UNCTAD/DITC/CLP/MISC.25.

para ciertos tipos de actividad económica según lo exija el nivel de desarrollo económico de cada uno de los Estados miembros¹⁷.

32. Un examen general de las leyes sobre la competencia sugiere que, cuando se promulgan por primera vez, están redactadas en términos amplios, pero después, a medida que las leyes son sometidas a prueba en esferas concretas de la economía, son aclaradas por la judicatura o enmendadas por el órgano legislativo para responder a la presión ejercida por los grupos de intereses especiales o los empresarios. Por ejemplo, en la década de 1970 las leyes canadienses sobre la competencia no eran aplicables a los sectores de servicios, bancos comerciales, órganos de profesionales o líneas aéreas. En los Estados Unidos, también en esa década, había por lo menos 16 sectores diferentes de la actividad económica que estaban exceptuados del alcance de las leyes antitrust, incluidos los seguros, el transporte, la energía y el béisbol profesional. En Europa, hasta fecha reciente, el sector de los seguros disfrutó de diversas exenciones, en un principio, de dos exenciones individuales y, posteriormente, de una exención por categorías redactada en términos sumamente amplios, concebidas ambas en la década de 1990 para dar cabida a la “mayor necesidad de cooperación” creada por la naturaleza “especial” del sector de los seguros¹⁸. Con arreglo al procedimiento más generalizado, los órganos legislativos celebran intensas consultas con los accionistas de los sectores que resultarán afectados por la ley, así como con grupos de protección del consumidor, antes de introducir exenciones. Además, si bien la presión ejercida por grupos de intereses especiales puede llevar a los órganos legislativos o a los encargados de formular políticas a revisar la ley y a reducir su alcance, no es menos cierto que estos grupos y sus opuestos, respondiendo a las condiciones económicas en constante evolución, son los responsables de que los legisladores examinen el alcance de las exenciones otorgadas a ciertos sectores y tipos de actividad económica.

33. Muchos regímenes de derecho de la competencia se adoptan sin que se sepa cómo habrán de evolucionar con el paso del tiempo. Las más de las veces, la ley evoluciona a medida que la jurisprudencia va mostrando los distintos problemas planteados por la ley y el órgano legislativo reacciona para corregir cualquier error cometido o idea equivocada recogida en la ley. A veces, el sistema empleado inicialmente para aplicar y hacer cumplir la ley de cierto modo puede ser considerado posteriormente anticuado por muchos de los interesados; el desacierto de algunas ideas solo se pone de manifiesto con el transcurso del tiempo.

34. Por ejemplo, durante 40 años la Comisión Europea aplicó un sistema de notificación y autorización de los acuerdos comprendidos dentro del alcance del artículo 81 1) del Tratado de la CE¹⁹. Con arreglo a un régimen establecido mediante leyes secundarias en 1962, un acuerdo concertado por las partes que estuviese comprendido dentro del alcance del antiguo artículo 81 1) del Tratado de la CE sería nulo y no exigible judicialmente a menos que hubiera sido notificado a la Comisión Europea y recibido una exención con arreglo al antiguo artículo 81 3) del Tratado de la CE. La Comisión estaba única y exclusivamente facultada para otorgar exenciones y, debido a la vulnerable posición económica en que se encontraban las propias empresas —que no sabían si su acuerdo sería o no exigible— se presentó ante la Comisión un número exorbitante de acuerdos. En el período comprendido entre 1962 y 1968, se presentaron a la Comisión más de 36.000 acuerdos, lo cual impuso una enorme carga a sus recursos desvirtuando sus prioridades de vigilancia y cumplimiento de la ley, como resultado de lo cual muchos delitos perniciosos no fueron advertidos por la Comisión Europea. Con todo, el sistema tuvo ciertas ventajas en la medida en que llevó a la uniformidad, certeza y una “cultura de competencia” en la Comunidad Europea. Sin embargo, en 1999 la Comisión aprobó un Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de la ley sobre competencia de la Comunidad Europea, ejemplo elocuente de los muchos problemas creados por un sistema de notificación y autorización que daba a la Comisión la facultad única y exclusiva de hacer cumplir el antiguo artículo 81 del Tratado de la CE. En el Libro Blanco se subrayaban también los cambios y correcciones que debían introducirse en el sistema. El reglamento de

¹⁷ Véase el capítulo VIII del Tratado Revisado de Chaguaramas por el que se establece la Comunidad del Caribe y la Economía y Mercado Único de la CARICOM.

¹⁸ http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/insurance.html.

¹⁹ Actualmente, artículo 101 del TFUE.

modernización de la Unión Europea, que dejó de lado las autorizaciones individuales por parte de la Comisión, tuvo su origen en las opiniones formuladas en el Libro Blanco²⁰. Cabe afirmar, pues, que el régimen de ejecución descentralizado y el sistema jurídico de excepciones para los acuerdos comprendidos en el ámbito del artículo 81 actualmente en vigor en la Unión Europea son el resultado de 40 años de experimentación.

35. El ámbito de aplicación también determina la medida en que las leyes de competencia abarcan los actos y las medidas anticompetitivas de los Estados. El papel del Estado en el mercado tiene un efecto significativo en la manera en que funciona la competencia. Naturalmente, hay motivos legítimos para la intervención del Estado, como lograr importantes objetivos públicos (por ejemplo, establecer normas laborales y ambientales o lograr el acceso universal a los bienes y los servicios públicos) y corregir las deficiencias de los mercados. Sin embargo, en la mayoría de los países desarrollados, así como en muchos países en transición y en desarrollo, hay una conciencia cada vez mayor sobre los posibles efectos negativos de las restricciones públicas injustificadas o excesivas. En particular en los países en desarrollo y en transición, las restricciones públicas, más que las restricciones privadas, pueden ser los desafíos más importantes en materia de competencia²¹.

Distintas dimensiones del ámbito de aplicación

36. Las diferentes dimensiones que definen el ámbito de aplicación de una ley sobre competencia incluyen los siguientes aspectos: ¿quiénes son los destinatarios de la ley (ámbito de aplicación subjetivo)? ¿De qué trata la ley? ¿Trata, por ejemplo, de las actividades comerciales en contraposición a las actividades sin fines de lucro y los actos soberanos de los Estados (ámbito de aplicación objetivo)? ¿Dónde es aplicable la ley (ámbito de aplicación territorial)? ¿Cuándo es aplicable la ley (ámbito de aplicación temporal)? En el caso de los regímenes jurídicos regionales de la competencia se plantea la cuestión adicional de la interfaz jurisdiccional entre las leyes sobre la competencia regionales y las nacionales.

Ámbito de aplicación subjetivo

37. Como ya se dijo, el ámbito de aplicación subjetivo de una ley sobre competencia depende de la definición de sus destinatarios. El hilo conductor entre las leyes de muchos países parece ser el efecto que tiene la actividad en el mercado y *no* si el agente es una entidad jurídica, un órgano público o una persona natural. Por lo tanto, se trata de determinar si el agente realiza una “actividad económica”, un “intercambio comercial de bienes y servicios” o actividades “con fines de lucro”, más que su condición jurídica, propiedad o financiación. Esto reviste particular importancia en los casos en que las actividades de empresas no constituidas en sociedad son considerables, por ejemplo, en el sector no estructurado.

38. Además, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia sugiere que una ley de competencia será aplicable “a toda persona natural que, obrando a título privado como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas”. Este mismo criterio ha sido adoptado por la ley sobre competencia de la Unión Europea, según la cual las personas naturales pueden clasificarse como empresas sin necesidad de que estén constituidas como una empresa personal si son agentes económicos independientes en mercados de bienes o servicios²². En consecuencia, los abogados, médicos y arquitectos son clasificados como empresas en el sentido de la ley europea sobre competencia.

²⁰ Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado de la CE, Programa de la Comisión núm. 99/027, COM(99) 101 final, 28 de abril de 1999.

²¹ Véase Fox E. y Healey D., “When the State Harms Competition - The Role for Competition Law” (2014) 79 Antitrust L. J. 769.

²² Véase, por ejemplo, en lo relativo a los agentes de aduanas italianos, el caso planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-35/96 *Commission v. Italia* [1998] E.C.R. I-3851.

39. El ámbito de aplicación ha sido aclarado también para excluir los actos soberanos de las administraciones locales, a las que se hayan delegado facultades de reglamentación, y para proteger los actos de los particulares cuando su comportamiento ha sido impuesto por el Estado o realizado bajo su supervisión. Sin embargo, conviene señalar que en el párrafo 7 de la sección B del Conjunto de Principios y Normas y en la mayoría de países con leyes modernas sobre prácticas comerciales restrictivas, la ley se aplica a las empresas tanto públicas como privadas. Las disposiciones del Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas (Conjunto de Principios y Normas) se aplican a todas las empresas independientemente de las partes implicadas en las transacciones, los actos o la conducta²³. En el Conjunto de Principios y Normas se definen las “empresas” en la sección B i) 3 como “las firmas, las sociedades de personas, las sociedades de capital, las compañías, otras asociaciones, las personas físicas o jurídicas, o cualquier combinación de las mismas, independientemente de la forma de creación o de control o de propiedad, privada o estatal, que se dediquen a actividades comerciales, e incluye sus sucursales, compañías subsidiarias, filiales u otras entidades directa o indirectamente controladas por ellas”. En la actualidad, la mayoría de las leyes de competencia abarcan las actividades económicas de las empresas públicas²⁴. Como se indica en el Conjunto de Principios y Normas, el principal factor determinante del ámbito de aplicación es si la empresa, pública o privada, realiza actividades comerciales. En las leyes de competencia del Brasil y el Perú se dispone expresamente que se aplican a todas las personas o entidades, públicas o privadas. En las directrices de la OCDE se establece que: “Debido a su posición privilegiada, las empresas públicas pueden afectar negativamente a la competencia y, por lo tanto, es importante asegurarse de que, en la mayor medida posible de conformidad con sus responsabilidades de servicio público, estén sujetas a unas normas de competencia similares a las de las empresas privadas”²⁵. Sin embargo, puede haber determinadas circunstancias en las que las empresas públicas estén exentas de las normas de competencia. Puede ser el caso cuando presten servicios de interés general o se encuentren en sectores estratégicos (por ejemplo, servicios postales, energía, atención de la salud, etc.). En la Unión Europea, por ejemplo, la defensa y el control del tráfico aéreo están excluidos. Cabe mencionar también que, en Kenya, el artículo 5 1) de la Ley de la Competencia de Kenya se aplica a “todas las personas, incluido el Gobierno, las empresas públicas y las autoridades locales en la medida en que realicen actividades comerciales”²⁶. En España, en el artículo 4 2) de la Ley de Defensa de la Competencia se prevé su plena aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas, a menos que la conducta en cuestión dimanase de la aplicación de una ley. En Argelia, el ámbito de aplicación de la legislación sobre la competencia abarca los actos de las autoridades del Estado que no actúen en el ejercicio de las prerrogativas dimanantes de sus funciones oficiales o del cumplimiento de objetivos relacionados con el servicio público.

40. Sin embargo, incluso cuando se apliquen las leyes de competencia, las empresas públicas que compitan con las empresas privadas tienen ventajas competitivas debido a sus vínculos con el gobierno, lo cual da lugar a unos precios que no reflejan plenamente el coste de los recursos. Por otro lado, las empresas públicas pueden estar en una posición de desventaja frente a las empresas privadas debido a, por ejemplo, unas mayores obligaciones de rendición de cuentas, obligaciones de servicio público y una menor autonomía en la gestión. A fin de asegurar la igualdad de condiciones para las empresas públicas y privadas, un número cada vez mayor de países, incluidos algunos países en desarrollo, han adoptado el principio de la neutralidad competitiva²⁷. “La neutralidad competitiva se produce cuando ninguna entidad que opere en un mercado económico esté sometida a ventajas o desventajas

²³ Véase UNCTAD (2000). Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. Sección B 7). TD/RBP/CONF/10/Rev.2.

²⁴ Véase UNCTAD (2015). Competition Law and the State: Competition laws’ prohibitions of anti-competitive State acts and measures (vol. 2). UNCTAD/DITC/CLP/2015/6.

²⁵ OCDE (2009). Mesa Redonda de Políticas sobre las Empresas Públicas y el Principio de la Neutralidad Competitiva. DAF/COMP(2009)37: 9.

²⁶ Véase Ley núm. 12 de 2010, de Competencia.

²⁷ Véase UNCTAD (2014). Competitive neutrality and its application in selected developing countries. UNCTAD/DITC/CLP/2014/Misc.1.

competitivas indebidas”²⁸. Una gobernanza efectiva, el aumento de la independencia en la adopción de decisiones, la rendición de cuentas y la transparencia, así como la aplicación de la legislación de competencia de la misma manera a todas las empresas son algunas de las formas de asegurar la igualdad de condiciones para las empresas públicas y privadas. En Australia, hay directrices en los planos nacional y subnacional para ayudar a los directores a aplicar un marco financiero y de gobernanza de neutralidad competitiva. La Oficina de Quejas de Neutralidad Competitiva del Gobierno de Australia administra un mecanismo de quejas que recibe quejas, realiza investigaciones y asesora al Gobierno sobre la aplicación de la neutralidad competitiva a las empresas públicas²⁹.

Ámbito de aplicación objetivo

41. Las normas sobre competencia tienen por objeto proteger contra las prácticas comerciales perjudiciales que pueden afectar a toda una serie de actividades económicas independientemente del sector o la industria en que se lleven a cabo. Por consiguiente, toda una serie de actividades, incluidos los deportes, la difusión por radio y televisión, las transferencias bancarias internacionales, el desarrollo y comercialización de *software*, el acceso a las redes de telecomunicaciones y la entrega de correspondencia por el servicio postal, están sujetas a las leyes de competencia. Respecto de estas actividades económicas y en todos los sectores, las leyes sobre la competencia tienen por objeto prevenir los acuerdos anticompetitivos, la conducta abusiva de los monopolistas, las fusiones anticompetitivas e incluso las restricciones impuestas a la competencia por el sector público o los Estados³⁰.

42. En lo que respecta a las restricciones públicas de la competencia, hay motivos legítimos para la intervención de los Estados en los mercados. Como hemos mencionado, los Estados necesitan la capacidad de regular en el interés general. Por consiguiente, la Ley Tipo de Defensa de la Competencia sugiere que las leyes de competencia “no se [apliquen] a los actos soberanos del propio Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión”.

43. De hecho, varias leyes de competencia disponen que los agentes del mercado que actúen de manera anticompetitiva y sostengan que el Estado ha dado lugar o ha aprobado su conducta pueden alegar la defensa de la acción del Estado. Esto permite que los Estados recaben la participación de partes privadas para que desempeñen misiones de servicio público. En Serbia y Turquía, por ejemplo, la defensa se aplica cuando el Estado simplemente alienta la conducta. En cambio, en otras jurisdicciones más maduras, la defensa es más exigua. Evidentemente, una defensa exigua favorece al mercado en detrimento del Estado. En la Unión Europea, se concede la defensa de la acción del Estado si la legislación nacional exige la conducta, pero la promoción por el Estado de actos anticompetitivos no sirve de defensa si la parte privada tenía autonomía para actuar de manera competitiva³¹. En los Estados Unidos, la defensa se puede alegar si el Estado ha articulado una política clara que permita la conducta anticompetitiva y el Estado ejerce una supervisión activa de la conducta anticompetitiva³².

44. Los actos propios de un gobierno (nacional o local) que distorsionan la competencia se han tratado a menudo como asuntos legislativos y políticos que no inciden en el ámbito de aplicación del derecho de la competencia. Por ejemplo, en la India, el artículo 2 de la Ley de Competencia excluye expresamente las funciones soberanas del Gobierno. Sin embargo, se consideró que la explotación de un ferrocarril por el Gobierno de la India era

²⁸ OCDE (2012). *Competitive Neutrality: Maintaining a level playing field between public and private business*: 15.

²⁹ OCDE (2014). *Competitive Neutrality: National Practices in Partner and Accession Countries*. DAF/CA/SOPP92013)1/FINAL: 10.

³⁰ Whish R. y Bailey D. (2015). *Competition Law*. Oxford University Press (8ª ed.): 3.

³¹ Caso T-513/93, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali v. Commission* [2000] E.C.R II-01807.

³² Véase, por ejemplo, *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*, 135 S. Ct. 1101 (2015).

un negocio más que una función soberana del Gobierno³³. Algunas jurisdicciones, sobre todo la Unión Europea, se basan en soluciones *ex post* para hacer frente a las medidas públicas anticompetitivas, por ejemplo, para obligar a las empresas públicas a poner fin a acciones que tengan un efecto perjudicial en la competencia³⁴. Además, un gran número de regímenes más recientes de derecho de la competencia, como China y la Federación de Rusia, han preparado su legislación de competencia de modo que haya un espacio más amplio incluso de medidas públicas anticompetitivas. Numerosas medidas públicas, como la concesión a determinadas entidades de derechos exclusivos o privilegios, la legislación o la reglamentación distorsionadora, el libre mercado de bienes y la contratación pública arbitraria y otros abusos de la potestad administrativa, se encuentran ahora en el centro de la atención de la legislación de competencia de varios países. Esto remite a la mencionada conciencia cada vez mayor en el mundo del papel del Estado en el mercado.

Enfoques alternativos en la legislación vigente – Prohibición de las medidas públicas anticompetitivas³⁵

Concesión de derechos especiales o exclusivos o privilegios a las empresas públicas

Unión Europea	<p>En cuanto a las empresas públicas, los Estados miembros de la Unión Europea no pueden adoptar ninguna medida contraria a las disposiciones en materia de competencia del Tratado.</p> <p>Más concretamente, de conformidad con el artículo 106 1) del TFUE, en el caso de las empresas públicas y las empresas a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos, los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán ninguna medida contraria a las normas contenidas en los Tratados, en particular las normas del artículo 18 y los artículos 101 a 109 (normas de no discriminación y competencia).</p>
Lituania	<p>La Ley sobre Competencia de la República de Lituania, 23 de marzo de 1999, núm. VIII-1099, en su forma enmendada el 22 de marzo de 2012, núm. XI-1937, artículo 4 2), prohíbe las acciones de entidades de la Administración pública que concedan privilegios o discriminen a cualquier entidad económica individual o sus grupos:</p> <p>“Se prohíbe a las entidades de la Administración pública aprobar actos jurídicos u otras decisiones que concedan privilegios o discriminen a cualquier entidad económica individual o sus grupos y que den o puedan dar lugar a diferencias en las condiciones de competencia de las entidades económicas que compitan en un mercado relevante, salvo cuando la diferencia en las condiciones de competencia no se pueda evitar al cumplir los requisitos de las leyes de la República de Lituania.”</p>

Contratación pública

Federación de Rusia	<p>La Ley Federal sobre Protección de la Competencia, núm. 135-FZ, de 26 de julio de 2006 (en su forma enmendada en 2011), artículo 17, prohíbe las prácticas y los procesos anticompetitivos en relación con las solicitudes y la concesión de licitaciones:</p> <p>“1. Las acciones que den o puedan dar lugar a la prevención, la restricción o la eliminación de la competencia en el curso de una licitación, las solicitudes de cotizaciones para los productos (en lo sucesivo, solicitudes de cotización) están prohibidas, en particular:</p> <p>[...]</p>
---------------------	---

³³ *Union of India v. Competition Commission of India*, W.P.(C) núm. 993/2011 (2012), párr. 27.

³⁴ Véase el artículo 106 del TFUE.

³⁵ Véase UNCTAD (2015) (nota 24).

Concesión de derechos especiales o exclusivos o privilegios a las empresas públicas

2. La creación de condiciones preferenciales para la participación en la licitación, la solicitud de cotizaciones a uno o varios participantes, en particular mediante el acceso a la información, a menos que una ley federal disponga otra cosa;

[...]

3. [...] está prohibido restringir la competencia mediante la inclusión en la estructura de los lotes de las licitaciones de productos (bienes, obras, servicios) que tecnológica y funcionalmente no estén vinculados a los bienes, las obras o los servicios cuya provisión, ejecución o prestación sea el objeto de la solicitud de cotizaciones de la licitación.”

Libre circulación de mercancías

China

La Ley Antimonopolio de China prohíbe expresamente a los órganos administrativos y demás órganos públicos limitar la entrada de bienes o discriminar a los bienes de otras provincias.

Más concretamente, el artículo 33 dispone que los departamentos administrativos y otras organizaciones autorizadas por las leyes o los reglamentos para desempeñar la función de administrar los asuntos públicos no pueden abusar de su potestad administrativa para impedir la libre circulación de mercancías entre regiones por ninguno de los medios siguientes:

- 1) El establecimiento de elementos de tarificación discriminatorios, la aplicación de tasas de tarificación discriminatorias o la fijación de precios discriminatorios para los productos básicos no locales;
- 2) La imposición de especificaciones técnicas o normas de prueba a los productos básicos no locales que difieran de las de los productos locales de tipos similares, o la adopción de medidas técnicas discriminatorias, como la repetición de pruebas y certificaciones, contra los productos no locales, con el fin de restringir el acceso de los productos no locales al mercado local;
- 3) La adopción de una práctica especial de concesión de licencias administrativas para los productos básicos no locales con el fin de restringir el acceso de los productos no locales al mercado local;
- 4) La imposición de obstáculos o la adopción de otros medios para evitar la entrada de productos básicos no locales o la salida de productos locales; o
- 5) Otros medios destinados a impedir la libre circulación de mercancías entre regiones.

En el artículo 30 del Reglamento contra el Monopolio de Precios (2011, Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma), promulgado en cumplimiento de la Ley Antimonopolio, también se ponen de relieve esas prohibiciones.

Kazajstán

La ley de competencia de Kazajstán señala como uno de sus objetivos la “libre circulación de mercancías y la libre actividad económica”, y prohíbe la acción del Estado que obstaculice el comercio:

“Los objetivos de esta Ley son proteger la competencia, crear condiciones para un funcionamiento eficiente de los mercados de productos básicos, asegurar la unidad del espacio económico, la libre circulación de mercancías y la libre actividad económica en la República de Kazajstán.”

(Artículo 1 2))

Además, el artículo 33 dice lo siguiente:

Concesión de derechos especiales o exclusivos o privilegios a las empresas públicas

“Las acciones anticompetitivas de las autoridades estatales, tales como la aprobación de actos o la adopción de decisiones, las instrucciones escritas o verbales, la celebración de acuerdos u otras acciones que hayan dado o puedan dar lugar a la restricción o la eliminación de la competencia o la infracción de los derechos legítimos de los consumidores, salvo que esas acciones estén previstas en las leyes de la República de Kazajstán, quedarán prohibidas y se considerarán total o parcialmente nulas de conformidad con el procedimiento establecido en la legislación de la República de Kazajstán.

[...]

2) Las acciones anticompetitivas de las autoridades del Estado serán las siguientes:

[...]

3) El establecimiento de prohibiciones o restricciones relativas a la libre circulación de mercancías y otras restricciones de los derechos de una entidad del mercado para la venta de bienes;

[...]

8) La limitación de la entrada al mercado de productos básicos, la salida o la supresión de entidades del mercado del mercado de productos básicos.”

Abuso de poder del Gobierno

China

La Ley Antimonopolio de China prohíbe a todo órgano u organización administrativa facultada por una ley o un reglamento administrativo realizar prácticas anticompetitivas. Cabe señalar que las autoridades de competencia de China no tienen la potestad de hacer cumplir esta ley; pueden formular recomendaciones a los organismos superiores de los infractores, que pueden solicitar que se modifique el comportamiento. El texto pertinente dice así:

“Artículo 32. Los departamentos administrativos y otras organizaciones autorizadas por leyes o reglamentos para desempeñar la función de administrar los asuntos públicos no pueden abusar de su potestad administrativa para exigir, directa o indirectamente, a unidades o particulares que negocien, compren o utilicen únicamente los productos suministrados por las empresas designadas por ellos.

Artículo 34. Los departamentos administrativos y otras organizaciones autorizadas por leyes o reglamentos para desempeñar la función de administrar los asuntos públicos no pueden abusar de su potestad administrativa para excluir la participación de las empresas no locales, o restringir su participación, en las convocatorias y licitaciones locales imponiendo requisitos o normas de evaluación discriminatorios, o negándose a publicar información de conformidad con la ley.

Artículo 35. Los departamentos administrativos y otras organizaciones autorizadas por leyes o reglamentos para desempeñar la función de administrar los asuntos públicos no pueden abusar de su potestad administrativa para excluir la inversión de las empresas no locales o restringir localmente su inversión o excluir el establecimiento de sucursales locales por esas empresas o restringir su establecimiento de sucursales, tratándolas de manera desigual en comparación con las empresas locales, o por otros medios.

Artículo 36. Los departamentos administrativos y otras organizaciones autorizadas por leyes o reglamentos para desempeñar la función de administrar los asuntos públicos no pueden abusar de su potestad administrativa para obligar a las empresas a adoptar conductas monopolísticas prohibidas por esta Ley.

Artículo 37. Los órganos administrativos no pueden abusar de su potestad administrativa para formular reglamentos que eliminen o restrinjan la competencia.”

Ucrania

La ley de competencia de Ucrania prohíbe a los Estados y los órganos locales y administrativos ejercer determinadas prácticas que puedan tener como efecto la prevención, la eliminación, la restricción o la distorsión de la competencia.

El artículo 15 dice lo siguiente:

“1. La emisión de cualquier acto (decisiones, órdenes, directivas, leyes, etc.), la elaboración de instrucciones escritas o verbales, la conclusión de acuerdos o cualquier acción o inacción de los órganos del poder del Estado, los órganos de autogobierno local o los órganos de gestión y control administrativos y económicos (un órgano colegiado o un funcionario) que hayan dado o puedan dar lugar a la prevención, la eliminación, la restricción o la distorsión de la competencia se considerarán acciones anticompetitivas de los órganos del poder del Estado, los órganos de autogobierno local o los órganos de gestión y control administrativos y económicos.

2. En particular, se considerarán anticompetitivas las siguientes acciones de los órganos del poder del Estado, los órganos de autogobierno local y los órganos de gestión y control administrativos y económicos:

- Prohibir o impedir la creación de nuevas empresas o la realización de actividades empresariales en otras formas de organización en cualquier esfera de actividades e imponer restricciones para el ejercicio de determinadas actividades, la producción, la compra o la venta de determinados tipos de productos; [...]”

El artículo 17 dice lo siguiente:

“Se prohibirán las acciones o inacciones de los órganos del poder del Estado, los órganos de autogobierno local o los órganos de gestión y control administrativos y económicos (un órgano colegiado o un funcionario) que induzcan a las entidades económicas, los órganos del poder del Estado, los órganos de autogobierno local o los órganos de gestión y control administrativos y económicos a violar las leyes de protección de la competencia económica o que creen condiciones para cometer violaciones de ese tipo o legalizarlas.”

Lituania

El artículo 4 de la ley de competencia de Lituania impone la obligación a las entidades de la Administración pública de asegurar la libre competencia cuando desempeñen funciones relacionadas con la regulación de las actividades económicas.

Potestad de las autoridades de la competencia para impugnar los actos y las medidas anticompetitivas del Estado

España

En virtud de la ley de competencia de España, la Comisión Nacional de la Competencia está facultada para presentar una solicitud al órgano administrativo para que corrija su comportamiento y, si el órgano administrativo no responde satisfactoriamente, interponer una acción judicial en su contra.

Concesión de derechos especiales o exclusivos o privilegios a las empresas públicas

La Ley núm. 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia (*Boletín Oficial* del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007), artículo 12 3), dispone lo siguiente:

“La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

México

La Comisión de Competencia de México puede emitir opiniones no vinculantes sobre programas y políticas de las autoridades públicas. El artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica de 2014 establece lo siguiente:

“La Comisión tendrá las siguientes atribuciones:

[...]

XII. Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la secretaría, o a petición de parte, respecto de los anteproyectos de disposiciones, reglas, acuerdos, circulares y demás actos administrativos de carácter general que pretendan emitir autoridades públicas, cuando puedan tener efectos contrarios al proceso de libre concurrencia y competencia económica de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sin que estas opiniones tengan efectos vinculantes. Las opiniones citadas deberán publicarse;

[...]”

45. Como ya se dijo, la premisa general es que la ley sobre competencia debería ser aplicable de manera uniforme y no discriminatoria a todas las entidades que desarrollan actividades comerciales y a todos los sectores de la industria. Ello obedece a dos razones fundamentales. En primer lugar, se fomentan de este modo la coherencia y previsibilidad en la aplicación de la ley y los ciudadanos adquieren confianza en las instituciones encargadas de hacer cumplir la ley debido a la confianza y al sentido de responsabilidad que genera la previsibilidad cuando la ley se aplica de manera uniforme, justa y no discriminatoria. La segunda razón es que, dado el carácter interdependiente de las actividades económicas, la dinámica competitiva prevaleciente en un mercado afectará los precios o la producción en otro mercado, sea porque los bienes o servicios que se ofrecen son sustituibles o se complementan entre sí, sea porque el bien o el servicio forma el insumo productivo para otro mercado. Aun cuando no exista una relación obvia entre los recursos de dos mercados distintos, las distorsiones de un mercado pueden ejercer un efecto indirecto de modo que resulten afectados muchos sectores de la economía, por ejemplo, por su distinta capacidad para competir por mano de obra o capital. La aplicación uniforme tiende a producir un resultado equilibrado desde el punto de vista del impacto económico de la ley³⁶.

46. Sin embargo, puede ocurrir que el órgano legislativo tenga un conjunto de prioridades que estén en conflicto con los objetivos de la ley sobre competencia, ya se trate de objetivos de desarrollo económico, controles de la importación, preferencias económicas especiales incluidas para beneficio del sector agropecuario local o restricciones de política de inversión de empresas extranjeras. Algunas de estas prioridades suelen llevar al órgano legislativo a incluir excepciones o exenciones en las leyes sobre competencia. En términos generales, conviene distinguir dos técnicas diferentes para limitar el ámbito de aplicación objetivo de una ley sobre competencia.

³⁶ Véase UNCTAD (2002). Aplicación de las leyes sobre la competencia: Exenciones y excepciones. UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25: 5.

47. Cabe citar, a manera de ejemplo, ciertos tipos de prácticas o acuerdos comerciales que pueden quedar exentos de la aplicación de la ley sobre competencia. Así, varios ordenamientos jurídicos eximen a los cárteles de exportación de la aplicación de la ley debido a que no perjudican la economía nacional si se considera desde una perspectiva a corto plazo. Sin embargo, cabe observar que los cárteles de exportación pueden tener un efecto negativo a largo plazo en la competitividad de las industrias nacionales y, por cierto, un efecto indeseable desde el punto de vista mundial. Ciertos tipos concretos de acuerdos pueden quedar exentos no solo por ley, sino también por normativas secundarias dictadas por el órgano regulador de la competencia, como, por ejemplo, las exenciones por categorías con arreglo a la normativa europea sobre competencia. Además, varias leyes sobre la competencia contienen disposiciones específicas que rigen la propiedad intelectual. Sin embargo, prácticamente todas las leyes antitrust tratan las licencias de tecnología como “acuerdos” y las examinan rigurosamente en busca de restricciones o abusos, como lo harían con cualquier otro acuerdo, con la salvedad de que la exclusividad legal concedida por el Estado a los inventores puede justificar algunas restricciones que no serían aceptables en otros contextos.

48. Cabe señalar que en varios países el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual ha suscitado problemas de competencia. En vista de los problemas que originan el ejercicio de los derechos de autor, las patentes y las marcas, España, el Reino Unido y la Unión Europea han considerado necesario elaborar reglamentos específicos para regular los derechos de propiedad intelectual en relación con la competencia. Los Estados Unidos también han adoptado directrices destinadas a ayudar a quienes necesitan prever si los organismos de supervisión impugnarán una práctica como anticompetitiva. En el cuadro que figura a continuación se dan ejemplos de la redacción utilizada en la interfaz entre los derechos de propiedad intelectual y la ley sobre competencia.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Interfaz entre la ley sobre competencia y la propiedad intelectual

País

Canadá	En el artículo 79 5) de la Ley de Competencia del Canadá, se establece que “para los fines de este artículo, un acto que se realice únicamente de acuerdo con el ejercicio de cualquier derecho o disfrute de cualquier interés derivado de la Ley de Derechos de Autor, la Ley de Diseño Industrial, la Ley de Topografía de Circuitos Integrados, la Ley de Patentes, la Ley de Marcas Comerciales o cualquier otra ley del Parlamento relativa a la propiedad intelectual o industrial no es un acto anticompetitivo”.
China	El artículo 55 de la Ley Antimonopolio de China establece que la ley no es aplicable a las empresas que ejerzan sus derechos de propiedad intelectual de conformidad con las leyes y los reglamentos administrativos sobre los derechos de propiedad intelectual; sin embargo, la ley será aplicable a las empresas que eliminen o restrinjan la competencia en el mercado abusando de sus derechos de propiedad intelectual.
Jamaica	En el artículo 3 c) de la Ley de Competencia Leal de Jamaica, se establece que ninguna disposición de la ley se aplicará a la “concertación de un acuerdo en la medida en que contenga una disposición relativa al ejercicio, licencia para el uso o cesión de derechos dimanados o existentes en virtud de un derecho de autor, patente o marca comercial”.
India	En el artículo 3 5) de la Ley de Enmienda de la Competencia de la India de 2007, se estipula que —con respecto a los artículos que enuncian las prohibiciones que rigen los acuerdos, el abuso de una posición dominante y otras concentraciones— nada de lo dispuesto en esos artículos limitará el derecho de una persona a impedir una violación o imponer condiciones para proteger los derechos que le han conferido:

País

	<ul style="list-style-type: none"> a) La Ley de Derechos de Autor, 1957 (núm. 14 de 1957); b) La Ley de Patentes, 1970 (núm. 39 de 1970); c) La Ley de Marcas Comerciales y de Mercaderías, 1958 (núm. 43 de 1958) o la Ley de Marcas Comerciales, 1999 (núm. 47 de 1999); d) La Ley de Indicaciones Geográficas de Mercaderías (Registro y Protección), 1999 (núm. 48 de 1999); e) La Ley de Diseños, 2000 (núm. 16 de 2000); f) La Ley de Diseño de Trazado de Circuitos Integrados de Semiconductores, 2000 (núm. 37 de 2000).
Israel	<p>En la Ley sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de 1988 de Israel, se considera que ciertos acuerdos de propiedad intelectual no son restrictivos. La Ley dispone lo siguiente (art. 3):</p> <p>“Un acuerdo que entrañe restricciones, todas las cuales guarden relación con el derecho a usar cualquiera de los siguientes bienes: patentes, marcas de servicio, marcas comerciales, derechos de autor, derechos de artista o derechos de creador, siempre que se cumplan las dos condiciones siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Que el acuerdo haya sido concertado por el titular de dicho bien y la parte que recibe el derecho a usarlo; b) Que, en caso de que dicho bien esté sujeto a registro por ley, haya sido registrado.”
Ucrania	<p>En la Ley de Ucrania sobre la Protección de la Competencia Económica, se hacen exenciones especiales para los acuerdos concertados en relación con la propiedad intelectual. El artículo 9 estipula:</p> <p>“Las disposiciones del artículo 6 de la presente Ley no se aplicarán a los acuerdos sobre transferencia de derechos de propiedad intelectual ni a la concesión del derecho a utilizar la propiedad intelectual en la medida en que los acuerdos limiten las actividades económicas de la parte en el acuerdo a quien sea transferido el derecho a menos que estas limitaciones excedan los límites de los derechos legítimos de la entidad de la propiedad intelectual.</p> <p>2. Se considerará que las limitaciones relativas al volumen de los derechos transferidos, el plazo y el territorio de validez del permiso para ejercer los derechos de propiedad intelectual y las relativas al tipo de actividades, la esfera de empleo y el volumen mínimo de producción no exceden los límites de los derechos mencionados en la parte 1 del presente artículo.”</p>

49. En segundo lugar, pueden ser exceptuados determinados sectores de la industria. Con suma frecuencia, se exceptúa el sector agropecuario de la aplicación de la ley sobre competencia. Entre los sectores en que se excluyen ciertos tipos de actividades económicas del control antitrust cabe mencionar los sectores del trabajo y del transporte. Además, los sectores de la industria que están sujetos a reglamentos específicos pueden quedar exentos de la aplicación de las leyes generales sobre la competencia. Las industrias de red —como la energía, el agua y las telecomunicaciones— están comprendidas dentro de esta categoría. Sin embargo, cabe señalar que, en tanto que algunos países exceptúan completamente a las industrias reguladas de la aplicación de las leyes sobre competencia, otros subordinan las leyes de competencia a la regulación de sectores concretos. Los comentarios sobre el capítulo VII de la Ley Tipo de la UNCTAD proporcionan mayor información sobre la relación entre las leyes sobre la competencia y la regulación de sectores.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Sectores de la industria exceptuados

País

China	Con arreglo al artículo 56 de la Ley Antimonopolio de la República Popular China, dicha Ley no se aplicará a las alianzas o actividades concertadas de los productores agropecuarios y las organizaciones económicas rurales cuando desarrollen actividades económicas tales como la producción, elaboración, venta, transporte y almacenamiento de productos agropecuarios.
Jamaica y Barbados	<p>Por lo que se refiere a la política laboral, en Jamaica y Barbados la ley en vigor exceptúa del ámbito de las leyes sobre competencia “la negociación colectiva realizada en nombre de empleados para determinar las condiciones de empleo”³⁷.</p> <p>Otro aspecto importante que conviene señalar es que en ambas leyes la disposición sobre exención no es de carácter estático, pues ambas parecen dejar margen para la creación de nuevas exenciones y excepciones con el transcurso del tiempo para “otros negocios o actividades que el Ministro declare por decreto sujetos a resolución afirmativa”. (Véanse los artículos 3 h) de las leyes respectivas.)</p>
Israel	<p>En lo referente a la agricultura y ganadería y el transporte, la Ley sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de Israel hace las siguientes exenciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los acuerdos que entrañen restricciones relativas a los productos agropecuarios nacionales, incluidos los frutos, legumbres, cultivos, leche, huevos, aves de corral, ganado, pescado y miel (véase el artículo 3 4)). • Los acuerdos que entrañen restricciones al transporte internacional aéreo o marítimo, o una combinación de transporte por mar, aire y tierra, siempre que todas las partes sean transportistas marítimos o aéreos o se trate de una asociación internacional de transportistas marítimos o aéreos aprobada por el Ministro de Transporte (véase el artículo 7).
Canadá	<p>En lo que respecta al sector financiero y al transporte, el artículo 90.1 9) de la Ley de Competencia del Canadá establece que:</p> <p>“El Tribunal no dictará ninguna orden en virtud del párrafo 1)³⁸ con respecto a:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Un acuerdo o arreglo entre las instituciones financieras federales, según se define en el artículo 49 3), respecto del cual el Ministro de Finanzas haya certificado al Comisionado: i) los nombres de las partes en el acuerdo o arreglo; y ii) la solicitud o aprobación por el Ministro de Finanzas del acuerdo o el arreglo a los efectos de la política financiera; b) Un acuerdo o arreglo que constituya una fusión o proyecto de fusión en virtud de la Ley de Bancos, la Ley de Asociaciones Cooperativas de Crédito, la Ley de Compañías de Seguros o la Ley de Sociedades de Fideicomisos y Préstamos respecto de la cual el Ministro de Finanzas haya certificado al Comisionado: i) los nombres de las partes en el acuerdo o arreglo;

³⁷ Ley de Competencia Leal de Jamaica, Ley núm. 9 de 1993, art. 3, y Ley de Competencia Leal de Barbados, 2002-19, CAP.326C, art. 3.

³⁸ El artículo 90.1 1) establece que “si, previa solicitud del Comisionado, el Tribunal constata que un acuerdo o arreglo, existente o propuesto, entre personas, de las cuales dos o más sean competidoras, impide o disminuye o es probable que impida o disminuya la competencia sustancialmente en un mercado, puede dictar una orden por la que: a) prohíba a cualquier persona, sea o no parte en el acuerdo o arreglo, hacer algo en el marco del acuerdo o arreglo; o b) exija a cualquier persona, sea o no parte en el acuerdo o arreglo, con el consentimiento de esa persona y el Comisionado, que adopte cualquier otra medida”.

País

y ii) la opinión del Ministro de Finanzas de que la fusión es de interés general, o que sería de interés general, teniendo en cuenta las condiciones que se puedan imponer en virtud de esas leyes; o

c) Un acuerdo o arreglo que constituya una fusión o proyecto de fusión aprobado en virtud del artículo 53.2 7) de la Ley de Transporte del Canadá, respecto de la cual el Ministro de Transporte haya certificado al Comisionado los nombres de las partes en el acuerdo o arreglo.”

Ámbito de aplicación territorial

50. Si bien es cierto que el órgano legislativo goza de discreción legislativa con respecto a la concepción del contenido de una ley, el ámbito de aplicación territorial de esta última debe respetar los límites del derecho internacional público. Con arreglo a los principios del derecho internacional público, en general se acepta que un Estado tenga competencia por razón de la materia para regular: a) la conducta que tenga lugar dentro de su territorio (principio de territorialidad); o b) la conducta de sus ciudadanos, que incluye las actividades de las empresas constituidas o registradas de conformidad con el derecho de sociedades (principio de nacionalidad). Sin embargo, en la esfera del derecho de la competencia se acepta actualmente que el principio de la territorialidad no impide que un Estado tenga competencia por razón de la materia respecto de actos originados en países extranjeros pero que producen efectos dentro del territorio del Estado (aplicación extraterritorial de la ley sobre la competencia). Esto significa que un Estado puede aplicar sus leyes sobre la competencia a fusiones de empresas en países extranjeros, así como a cárteles organizados fuera de su territorio pero que influyen en los niveles de precios de los productos respectivos en el territorio nacional.

51. Fuera de estas normas de derecho internacional público (y los principios regionales del derecho de la competencia enumerados en regímenes comunitarios de la competencia como el de la Unión Europea), no existen normas convenidas internacionalmente sobre la jurisdicción prescriptiva. Por consiguiente, la medida en que un Estado puede aplicar las leyes sobre competencia a la conducta que tiene lugar en el extranjero consiste exclusivamente en una cuestión de derecho interno limitada por los principios del derecho internacional público. Esto significa que los Estados también pueden decidir no aplicar extraterritorialmente sus leyes sobre la competencia.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – Ámbito de aplicación territorial

País

Estados Unidos Los Estados Unidos fueron el primer país en aplicar sus leyes antitrust extraterritorialmente cuando formuló la doctrina de los “efectos” en *United States v. Aluminum Co. Of America*³⁹. Esta doctrina fue moderada posteriormente por la Ley de Mejoras de las Medidas Antitrust en el Comercio Exterior, ley que se aplica al comercio de exportación y que constituye la clave del establecimiento de la aplicación extraterritorial de la Ley Sherman en cuanto a la competencia por razón de la materia. Con arreglo a esa ley, un tribunal de los Estados Unidos tendrá competencia por razón de la materia en cuanto al comercio de exportación si existe un “efecto directo, sustancial y razonablemente previsible” sobre:

a) El comercio nacional, por ejemplo, en el caso de que una actividad extraterritorial o el acuerdo extranjero de que se trata haga que aumenten los precios en los Estados Unidos; o

³⁹ *United States v. Aluminum Co. Of America*, 148 F.2d 416, págs. 443-45 (2º cir. 1945).

País

	<p>b) El comercio exterior de una empresa de los Estados Unidos, por ejemplo en el caso de que la actividad o el acuerdo restrinja el acceso a las exportaciones de los Estados Unidos a un mercado determinado (véase 15 U. S. C. artículo 6 a)).</p>
Unión Europea	<p>En el caso de la Unión Europea no existe ningún instrumento de regulación que trate de la aplicación extraterritorial de la legislación sobre la competencia de la Unión Europea a empresas ajenas a la Unión Europea. Sin embargo, no cabe ninguna duda de que existe la aplicación extraterritorial de la legislación sobre competencia de la Unión Europea, pues se ha desarrollado toda una jurisprudencia que indica la forma en que las normas pueden aplicarse a actividades o empresas fuera de la Unión Europea. En la Unión Europea parecen haberse desarrollado tres principios independientes:</p> <p>a) La doctrina de la “entidad económica” da cabida a la competencia por razón de la materia respecto de una empresa matriz ajena a la Unión Europea que controle la conducta de su filial en la Unión Europea⁴⁰.</p> <p>b) La doctrina de la “ejecución” permite que los acuerdos concertados fuera de la Unión Europea queden sujetos a la competencia de la Unión Europea si el acuerdo se ejecuta en la Unión Europea y afecta al comercio entre los Estados miembros⁴¹.</p> <p>c) La doctrina de los “efectos”, si bien no ha sido establecida a nivel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es una doctrina que parece haberse vuelto de uso corriente a nivel de la Comisión⁴². Esta doctrina confiere a la Comunidad Europea competencia por razón de la materia sobre actividades extraterritoriales cuyos efectos se hacen sentir en la Unión Europea.</p>
Alemania	De conformidad con el artículo 130 2), la Ley contra las Restricciones de la Competencia de Alemania será aplicable a todas las limitaciones de la competencia que tengan efecto dentro del ámbito de aplicación de la ley, incluso si se hubieran originado fuera de él.
Singapur	<p>Singapur es ejemplo de un país que ha articulado explícitamente en su legislación el carácter extraterritorial de su derecho de la competencia.</p> <p>El artículo 33 1) de la Ley sobre la Competencia de Singapur, de 2004, hace extensiva la aplicabilidad de las leyes sobre competencia a los acuerdos concertados o a actos realizados fuera de Singapur o por partes residentes fuera de Singapur.</p>
India	El artículo 32 de la Ley de Competencia de 2002 de la India trata de la conducta que tiene lugar fuera de la India y ejerce un efecto sobre la competencia en la India. La Comisión sobre las prácticas comerciales restrictivas y monopolios está facultada para investigar, y dictar órdenes al respecto, acuerdos o concentraciones concertados en el extranjero y las partes asociadas con estos, así como las empresas que abusan de su posición dominante en el extranjero. Esta facultad existe si el acuerdo, la posición dominante o la concentración ejercen o tienen probabilidades de ejercer un efecto adverso apreciable en la competencia en el mercado pertinente de la India.

⁴⁰ Asunto planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea núm. 48/69 *Imperial Chemical Industries Limited c. Comisión* [1972] Rec. 619, párr. 64; asunto planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea núm. 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. c. Comisión* [1973] Rec. 219, párr. 15.

⁴¹ Asuntos acumulados, Tribunal de Justicia de la Unión Europea núms. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85 “*Woodpulp*” *A. Ahlström and others c. Comisión* [1988] Rec. 5193, párrs. 16 a 18.

⁴² Véanse, por ejemplo, las opiniones contenidas en la decisión de la Comisión de 24 de julio de 1969, *Dyestuffs*, DO 1969 L195/11, párr. 28. Véase también el párrafo 100 de las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO 2004 C101/81.

País

Malasia	<p>Con arreglo al artículo 3 1) de la Ley de Competencia de 2010, la ley se aplica a cualquier actividad comercial, tanto dentro del territorio de Malasia, a reserva del párrafo 2), como fuera de él.</p> <p>El párrafo 2) estipula que, en relación con la aplicación de la ley fuera del territorio de Malasia, es aplicable a cualquier actividad comercial que tenga lugar fuera del territorio de Malasia pero ejerza un efecto sobre la competencia en cualquier mercado de Malasia.</p>
---------	--

Ámbito de aplicación temporal

52. El ámbito de aplicación temporal se define como el plazo durante el cual es aplicable la ley. Desde un punto de vista normativo, la cuestión central con respecto a la aplicación temporal de una ley sobre competencia es la entrada en vigor de un nuevo régimen. Según qué otras iniciativas más amplias haya emprendido el gobierno, será importante determinar si la legislación ha de entrar en vigor inmediatamente o si ha de mediar un período de preparación, educación y transición general antes de que la ley entre en vigor. Este período de transición permite que la población en general y los empresarios en particular se familiaricen con el régimen jurídico y se enteren de cómo habrá de afectar a sus actividades económicas. En general, entre las técnicas de redacción legislativa que pueden utilizarse para introducir la ley gradualmente, cabe mencionar las disposiciones de transición, cláusulas de salvaguardia, disposiciones de revocación y cláusulas de extinción, así como otros instrumentos que limiten o pospongan la aplicabilidad general de la ley o de diversos artículos de la ley.

53. Por ejemplo, el capítulo VIII del Tratado Revisado de Chaguaramas sobre política de competencia y protección del consumidor incluye un claro reconocimiento de la necesidad de dejar margen para una fase de preparación y transición normativa en el panorama legislativo más amplio de cada Estado miembro a fin de asegurar la coherencia y el cumplimiento del Tratado Revisado. El artículo 170 1) b) del Tratado se cuenta entre las disposiciones que piden a los Estados miembros que adopten medidas de aplicación. Estipula que los Estados miembros habrán de:

“Adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la coherencia y la observancia de las normas de competencia y prever penas para la conducta comercial anticompetitiva;

Disponer la difusión de información pertinente para promover la libertad de elección del consumidor;

Implantar y mantener arreglos institucionales y procedimientos administrativos para hacer cumplir la ley sobre competencia; y

Tomar medidas eficaces para asegurar el acceso por los nacionales de otros Estados miembros a las autoridades competentes encargadas de hacer cumplir la ley, incluidos los tribunales de justicia, sobre una base equitativa, transparente y no discriminatoria.”

54. Por lo demás, antes de la aprobación de una ley sobre competencia, debe realizarse una evaluación y examen general de los regímenes reguladores existentes y de los probables sucesores en el futuro a fin de determinar si esas normas contradicen o complementan las del régimen de la ley sobre competencia.

Interfaz jurisdiccional entre las leyes sobre competencia regionales y nacionales

55. Varias organizaciones regionales y supranacionales han adoptado sus propias normas de competencia además de las leyes nacionales de sus Estados miembros sobre la competencia. En consecuencia, se plantea la cuestión: ¿qué tipo de situación se rige por las normas regionales de competencia y qué tipo de situación se rige por las leyes nacionales sobre la competencia? Además, es preciso definir claramente las respectivas competencias de las autoridades regionales y nacionales para hacer cumplir la ley a fin de evitar conflictos de jurisdicción.

56. Los enfoques respecto de estas dos cuestiones varían de una organización regional a otra.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes – ámbito de aplicación de las normas regionales y nacionales sobre competencia

Organización regional

Unión Europea	<p>Las disposiciones sustantivas de la legislación europea sobre competencia son aplicables directamente en todos los Estados miembros de la Unión Europea en los casos en que la conducta de que se trate pueda afectar al comercio entre los Estados miembros; véase, por ejemplo, el reglamento del Consejo (CE) núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y el reglamento del Consejo (CE) núm. 139/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.</p> <p>El criterio de la “dimensión europea” también es decisivo para determinar la competencia de la Comisión Europea, como órgano encargado de hacer cumplir la legislación europea sobre competencia. Si la conducta anticompetitiva no tiene una dimensión europea, es de competencia de las autoridades nacionales reguladoras. Si tiene una dimensión europea, la Comisión Europea y las autoridades nacionales reguladoras tienen competencias paralelas. La notificación de la Comisión sobre la cooperación dentro de la red de autoridades reguladoras de la competencia establece los principios para el ejercicio de la jurisdicción en tal caso. En la esfera del control de las fusiones, la Comisión Europea tiene jurisdicción exclusiva sobre las concentraciones que tengan una dimensión europea.</p>
Comunidad Económica y Monetaria del África Central (CEMAC) ⁴³	<p>De manera análoga al modelo de la Unión Europea, la legislación sobre competencia de la CEMAC es aplicable a las prácticas anticompetitivas que afecten al comercio entre los Estados miembros. El órgano de vigilancia de la competencia, que comprende la Secretaría Ejecutiva y el Consejo Regional sobre Competencia, sigue de cerca la aplicación de la legislación comunitaria.</p>
Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) ⁴⁴	<p>El Consejo de Ministros del COMESA aprobó el Reglamento sobre la Competencia en diciembre de 2004.</p> <p>El COMESA alienta a sus Estados miembros a que promulguen leyes nacionales en materia de competencia. La legislación regional aborda las cuestiones transfronterizas de competencia que afectan al mercado común. A este respecto, el régimen del COMESA en materia de competencia es similar al de la Unión Europea. El Reglamento del COMESA abarca las fusiones y adquisiciones, así como las prácticas comerciales contrarias a la competencia, en particular el abuso de posición dominante. También se ocupa de la protección de los consumidores, que se aparta de la formulación común de las normas regionales/comunitarias sobre competencia.</p> <p>El Reglamento del COMESA prevé la creación de dos instituciones encargadas de hacer aplicar sus disposiciones: la Comisión de Competencia y la Junta de Comisionados del COMESA.</p>

⁴³ Véase el informe de la secretaría de la UNCTAD titulado “La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia”, 23 de mayo de 2008, TD/B/COM.2/CLP/69.

⁴⁴ *Ibid.*

Organización regional

En cuanto al reparto de responsabilidades, la Comisión tiene una posición supranacional con respecto a las autoridades nacionales de la competencia en los asuntos relativos a esta materia. Cuando la Comisión recibe una solicitud de investigación respecto de una conducta contraria a la competencia que se lleva a cabo en un Estado miembro, puede resolver el caso de diversas maneras. Puede ordenar a la empresa de que se trate que adopte una determinada línea de acción. La Comisión puede solicitar que el tribunal nacional competente dicte una orden apropiada si la empresa no cumple lo dispuesto por la Comisión dentro de un plazo determinado.

Comunidad Andina⁴⁵

La Comunidad Andina adoptó la Decisión núm. 608 sobre normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina, en marzo de 2005, que se aplica a las prácticas contrarias a la competencia y al abuso de posición dominante. El artículo 5 de la Decisión núm. 608 abarca:

- a) Las prácticas contrarias a la competencia realizadas en uno o más Estados miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país, y
- b) Las prácticas contrarias a la competencia originadas en un país que no sea miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos se produzcan en dos o más Estados miembros.

Esto supone que la legislación comunitaria solo puede aplicarse en los casos en que estén involucrados dos o más países. En todos los demás casos la jurisdicción corresponde a las autoridades nacionales de la competencia.

La secretaría de la Comunidad Andina es el órgano de investigación de esa organización. Las investigaciones son llevadas a cabo conjuntamente por las autoridades regionales y las autoridades nacionales designadas, bajo la supervisión de la Comunidad Andina. El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia es el órgano encargado de la adopción de decisiones, y está integrado por representantes de alto nivel de los Estados miembros. El órgano judicial es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

En cuanto a la asignación de competencia, tienen responsabilidades tanto las instituciones nacionales como las comunitarias. En los Estados miembros en los que no hay legislación sobre competencia, la autoridad designada asume la jurisdicción con respecto a la aplicación de la legislación comunitaria. En el Estado Plurinacional de Bolivia y el Ecuador, donde no hay legislación sobre competencia, se aplica la Decisión núm. 608. El Ministerio de Comercio y Exportaciones del Estado Plurinacional de Bolivia y el Ministerio de Industrias y Competitividad del Ecuador son las autoridades designadas.

⁴⁵ *Ibid.*