

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

# LEY TIPO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho  
y la política de la competencia



**NACIONES UNIDAS**



**CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO**

# **LEY TIPO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho  
y la política de la competencia

Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia,  
comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes



**NACIONES UNIDAS**  
**Nueva York y Ginebra, 2007**

## NOTA

Las denominaciones empleadas en esta publicación y la forma en que aparecen presentados los datos no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites.

El material contenido en esta publicación puede citarse o reproducirse sin restricciones, siempre que se indique la fuente y se haga referencia al número del documento. Deberá remitirse a la secretaría de la UNCTAD un ejemplar de la publicación en que aparezca el material citado o reproducido.

TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3
Publicación de las Naciones Unidas
Nº de venta: S-07.II.D.7
ISBN: 978-92-1-312334-8

## ÍNDICE

	<i>Página</i>
Introducción .....	v
Parte I	
POSIBLES ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE UNA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	
TÍTULO DE LA LEY .....	3
<i>Capítulo</i>	
I.    Objetivos o propósitos de la ley .....	3
II.   Definiciones y ámbito de aplicación .....	3
III.  Convenios o acuerdos restrictivos.....	4
IV.  Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado.....	4
V.    Notificación.....	5
VI.  Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos .....	6
VII.  Relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los sectoriales .....	6
VIII. Aspectos posibles de protección del consumidor.....	7
IX.  El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización.....	7
X.    Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley.....	7
XI.  Sanciones y medidas de reparación.....	8
XII.  Recursos .....	8
XIII. Acción de resarcimiento de daños y perjuicios .....	9
Parte II	
COMENTARIOS A LOS CAPÍTULO DE LA LEY TIPO Y PLANTEAMIENTOS DIFERENTES DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES	
TÍTULO DE LA LEY .....	13
Comentarios a los capítulos de la Ley tipo y planteamientos diferentes de las legislaciones existentes .....	13
Capítulo I: Objetivos y propósitos de la ley .....	15
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	15

## ÍNDICE (continuación)

	<i>Página</i>
Capítulo II: Definiciones y ámbito de aplicación .....	17
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	18
Capítulo III: Convenios y acuerdos restrictivos.....	23
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	24
Capítulo IV: Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado .	35
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	36
Capítulo V: Notificación.....	48
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	49
Capítulo VI: Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos .....	51
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	52
Capítulo VII: Relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los sectoriales.....	58
Capítulo VIII: Aspectos posibles de protección del consumidor.....	67
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	67
Capítulo IX: El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización.....	68
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	68
Capítulo X: Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley .....	71
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	71
Capítulo XI: Sanciones y medidas de reparación .....	75
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	75
Capítulo XII: Recursos .....	78
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	79
Capítulo XIII: Acción de resarcimiento de daños y perjuicios.....	80
Comentarios y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes .....	80
Notas .....	81
Anexos .....	95

## ***Introducción***

i) El Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, en su séptima reunión, celebrada del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2006, pidió a la secretaría de la UNCTAD que continuase publicando, como documento al margen del período de sesiones y la incluyese en su sitio en la Web, una nueva versión revisada y actualizada de la Ley tipo de defensa de la competencia, teniendo en cuenta las comunicaciones recibidas de los Estados miembros a más tardar el 31 de enero de 2007.

ii) Como se había dispuesto en la séptima reunión, el presente documento (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3) ha sido preparado sobre la base de las observaciones recibidas de los Estados miembros sobre la Ley tipo en 2006 y 2007<sup>1</sup>. El documento constituye una versión revisada de la Ley tipo de defensa de la competencia (TD/RBP/Conf.5/7, N° de venta: 04.II.D.26), concretamente de su parte II, titulada "Proyectos de comentarios a posibles elementos de una ley o leyes tipo de defensa de la competencia". No obstante, en algunos de los comentarios recibidos no se pedía que se hicieran cambios concretos en la parte II, sino que se planteaban cuestiones generales o se formulaban sugerencias acerca de cómo proceder a la futura revisión de la Ley tipo, tal como se resume *infra*. El Perú ha destacado las semejanzas entre la Ley tipo y su legislación nacional en varias esferas y, además, se ha referido a las diferencias entre los enfoques de Europa y los Estados Unidos en relación con la aplicación. Serbia ha señalado que la Ley tipo puede ser considerada un modelo general y adecuado, ya que ha logrado conciliar todas las sugerencias y recomendaciones formuladas por expertos de países desarrollados y países en transición, así como de países (independientemente de la etapa de su desarrollo) en que la idea de proteger la competencia y la sensibilización al respecto han comenzado a desarrollarse. Serbia ha sugerido que debe concederse especial importancia a las relaciones entre los órganos reguladores (incluidos los reguladores sectoriales) y las autoridades encargadas de velar por la competencia, al papel de promoción de tales autoridades y a la definición detallada de la regulación, así como a las disposiciones que rigen la reclamación de daños y perjuicios ante los tribunales. La Comisión de la Unión Europea no ha formulado observaciones concretas sobre la Ley tipo, pero ha sugerido que la UNCTAD organice una reunión para examinarla con miras a determinar si es o no es necesario actualizarla o modificarla. Por otra parte, Hungría ha sugerido que la Ley tipo se revise en el marco de un proceso dividido en dos etapas: en la primera, las ideas de los Estados miembros de la UNCTAD y las organizaciones pertinentes en relación con la revisión podrían tenerse en cuenta en la Ley tipo para ofrecer un panorama general de todas las cuestiones que habría que examinar, lo que serviría de inspiración para formular sugerencias finales en relación con lo que podría o no podría ser útil mencionar acerca de las leyes sobre la competencia en la nueva versión revisada de la Ley tipo.



# ***PARTE I***

*Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa  
de la competencia*



## TÍTULO DE LA LEY

### *Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas: Ley antimonopolio; Ley sobre la competencia*

#### CAPÍTULO I

##### *Objetivos o propósitos de la ley*

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

#### 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.

### CAPÍTULO III

#### *Convenios o acuerdos restrictivos*

I. *Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u officiosos:*

a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;

b) La licitación colusoria;

c) El reparto de mercados o clientela;

d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

e) La negativa concertada a comprar;

f) La negativa concertada a suministrar;

g) La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.

II. *Autorización o exención*

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y se realicen por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas o declaradas exentas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redunda en un beneficio público neto.

### CAPÍTULO IV

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

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

Se prohíben los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el

mercado o que supongan adquisición y abuso de esa posición:

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

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

II. *Actos o conductas considerados abusivos*

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

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

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

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

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

- i) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
- ii) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la aceptación de restricciones en la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) La imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, la forma o las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;
- iv) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por él.

### III. *Autorización o exención*

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

## CAPÍTULO V

### *Notificación*

#### I. *Notificación de las empresas*

1. Cuando se trate de prácticas comprendidas en los artículos 3 y 4 que no estén prohibidas sin más, y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, cabría obligar a las empresas a que notifiquen al organismo encargado de la aplicación de la ley todos los pormenores de las prácticas previstas.
2. Podrían hacer la notificación todas las partes interesadas, una o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.
3. Sería posible notificar un solo convenio cuando la empresa o persona fuera parte en convenios restrictivos de igual tenor con varias partes

distintas, a condición de que también se comunicaran los datos de todas las partes, presentes o futuras, en tales convenios.

4. Cabría requerir que se notificara al organismo encargado de la aplicación de la ley cualquier cambio en un convenio, acuerdo o estado de cosas, notificado conforme a lo dispuesto en la ley, que se hubiera producido en sus estipulaciones o en las partes, su terminación (salvo por expiración del plazo) o resolución, o todo cambio sustancial en la situación (dentro de los (...) días/meses siguientes a la fecha en que hubiera ocurrido el acontecimiento) (inmediatamente).

5. Podría permitirse a las empresas recabar la autorización de los convenios o acuerdos a que se refieren los artículos 3 y 4 y que existían en la fecha de entrada en vigor de la ley, con tal de que se hubieran notificado dentro de los ((...)) días/meses) siguientes a esa fecha.

6. La entrada en vigor de los convenios notificados podría estar sujeta a la concesión de la autorización o a la expiración del plazo fijado para ella, o tener lugar provisionalmente a raíz de la notificación.

7. Todo convenio o acuerdo que no hubiera sido notificado, si llegara a ser descubierto y reputado ilegal, podría quedar sujeto a la aplicación de todas las sanciones previstas por la ley en lugar de ser simplemente modificado.

#### II. *Disposiciones del organismo encargado de la aplicación de la ley*

1. Decisión adoptada por el organismo encargado de la aplicación de la ley (dentro de los (...) días/meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación completa con todos los pormenores) de denegar o conceder la autorización o de concederla con sujeción, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

2. Procedimiento de revisión periódica, cada (...) meses/años, de las autorizaciones concedidas, con la posibilidad de prorrogarlas, suspenderlas o subordinar su prórroga al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

3. Posibilidad de retirar una autorización si, por ejemplo, el organismo encargado de la aplicación de la ley viniera en conocimiento de que:

a) Las circunstancias que justificaron la autorización habían dejado de existir;

b) Las empresas no habían cumplido las condiciones y obligaciones prescritas para la concesión de la autorización;

c) La información proporcionada al solicitar la autorización era falsa o engañosa.

## CAPÍTULO VI

### *Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos*

#### I. Notificación

*Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían notificarse:*

- i) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de un poder de mercado, especialmente en sectores económicos en que la concentración del mercado sea elevada, cuando existan barreras a la entrada o cuando no haya productos sustitutivos del suministrado por las empresas cuya conducta se examina.

#### II. Prohibición

*Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían prohibirse:*

- i) Cuando la operación propuesta refuerce considerablemente la capacidad de ejercer el poder de mercado (por ejemplo, cuando una empresa o un grupo de empresas que actúen conjuntamente puedan imponer de manera rentable unos precios superiores a los niveles competitivos durante un período de tiempo prolongado); y
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, dé como resultado una empresa con influencia dominante o una sensible disminución

de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

#### III. Procedimientos de investigación

La autorización de la investigación de las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, que puedan redundar en perjuicio de la competencia podría figurar en unas disposiciones reglamentarias sobre las concentraciones económicas.

En particular, ninguna empresa debería, en los supuestos a que se refieren los anteriores apartados, realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera de (...) días contados desde la fecha de expedición del resguardo de la notificación, a menos que el organismo de defensa de la competencia abrevie dicho plazo o lo prorrogue por un período adicional que no exceda de (...) días con el consentimiento de las empresas interesadas, de conformidad con las disposiciones de los posibles elementos del artículo 7. Podría facultarse al organismo para que requiera de las partes y las empresas en el ramo del comercio o el mercado pertinente afectados que presenten documentos o deduzcan testimonio, manteniéndose la suspensión de la operación por un tiempo suplementario cuando las partes se demoren en responder.

Si, concluida la vista ante el organismo de defensa de la competencia o un tribunal, la conclusión a que se hubiere llegado fuere contraria a la operación, podrían impedirse o incluso deshacerse las adquisiciones o fusiones que es probable disminuyan considerablemente la competencia en un ramo del comercio en el ámbito de jurisdicción o en una parte importante del mercado pertinente comprendido en ese ámbito.

## CAPÍTULO VII

### *Relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores, incluidos los sectoriales*

#### I. Función que incumbe a la autoridad de defensa de la competencia en la regulación y reforma del marco normativo

Toda regulación económica y administrativa por parte del poder ejecutivo central o local o de entidades que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a

sectores en que se prestan servicios de infraestructura, debería someterse a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarse. Esto tendría sobre todo que ser así cuando la regulación limite la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos, cree condiciones, bien discriminatorias, bien por el contrario favorables para la actividad de determinadas empresas -públicas o privadas- y dé o pueda dar lugar a una restricción de la competencia o vulnere los intereses de compañías o ciudadanos.

En particular, los obstáculos a la competencia que figuren en la regulación económica y administrativa deberían evaluarse por las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluidas las razones de interés general.

## II. Definición de regulación

El término "regulación" se refiere a los diversos instrumentos de que se valen los gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación.

## III. Definición de obstáculos a la competencia por parte de la regulación

A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos, los obstáculos regulados a la entrada son el resultado de leyes promulgadas y actos realizados por el poder ejecutivo central o local y por organismos no gubernamentales o autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar actividades empresariales.

## IV. Protección del interés general

Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunos servicios suministrados por compañías privadas o públicas. En consecuencia, los proveedores de servicios de

interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deberían establecerse en forma transparente.

## CAPÍTULO VIII

### *Aspectos posibles de protección del consumidor*

En algunos países, la legislación sobre protección del consumidor es independiente de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas.

## CAPÍTULO IX

### *El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización*

1. Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley y su denominación.
2. Composición del organismo, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento.
3. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.
4. Duración del mandato del presidente y demás miembros del organismo, por un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.
5. Destitución de los miembros del organismo.
6. Posible inmunidad penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.
7. Nombramiento del personal necesario.

## CAPÍTULO X

### *Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley*

- I. *Las funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley podrían ser las siguientes (indicadas a título de ejemplo):*

a) Hacer indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;

b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación al ministro competente de su aplicación;

c) Efectuar estudios, publicar memorias e informar al público;

d) Distribuir formularios y llevar uno o varios registros de las notificaciones;

e) Elaborar y publicar reglamentos;

f) Colaborar en la preparación, modificación o revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas en materia de regulación y competencia;

g) Intercambiar información con otros Estados.

## II. *Carácter confidencial*

1. Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.

2. Proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia y que necesiten conservar el anonimato para defenderse de represalias económicas.

3. Proteger las deliberaciones del organismo respecto de asuntos en curso o pendientes.

## CAPÍTULO XI

### *Sanciones y medidas de reparación*

I. *La imposición de sanciones, cuando proceda, por:*

- i) Infringir la ley;
- ii) Desobedecer las resoluciones o mandamientos del organismo encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;
- iii) No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;
- iv) Proporcionar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa

afectada sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.

II. *Las sanciones podrían consistir en lo siguiente:*

- i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);
- ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación flagrante y deliberada de la ley o de un mandato judicial por parte de una persona natural);
- iii) Órdenes o mandamientos provisionales;
- iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de que cese una infracción o se desista de ella o se le ponga remedio mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;
- v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);
- vi) Restitución a los consumidores perjudicados;
- vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios incoadas por los damnificados.

## CAPÍTULO XII

### *Recursos*

1. Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el organismo encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.

2. Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga (ante la autoridad judicial competente) en el plazo de (...) días recurso contra la totalidad o una parte de la resolución dictada por el organismo encargado de la aplicación de la ley, (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.

### CAPÍTULO XIII

#### *Acción de resarcimiento de daños y perjuicios*

Consiste en reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u

omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.



## ***PARTE II***

*Comentarios a los capítulos de la Ley tipo y planteamientos  
diferentes de las legislaciones existentes*



# COMENTARIOS A LOS CAPÍTULOS DE LA LEY TIPO Y PLANTEAMIENTOS DIFERENTES DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

## TÍTULO DE LA LEY

### *Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas: Ley antimonopolio; Ley sobre la competencia*

1. De conformidad con las conclusiones a que se llegó en la reunión especial de expertos sobre la revisión de la Ley tipo de defensa de la competencia, que se celebró en Ginebra el 19 de febrero de 2003, la secretaría ha preparado una versión revisada de los comentarios sobre los elementos posibles, así como los planteamientos de las legislaciones existentes, relativos al proyecto de articulado de una ley de defensa de la competencia que figura en la parte I, teniendo en cuenta la evolución internacional reciente.
2. Los posibles elementos del proyecto de articulado ofrecen tres variantes del título de la ley: "Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas"<sup>2</sup>, "Ley antimonopolio"<sup>3</sup> y "Ley sobre la competencia"<sup>4</sup>.
3. No existe una regla general en lo que concierne al título de las leyes sobre la competencia. Una autoridad encargada de regular la competencia ha manifestado que el título de "Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas" no se hace eco de la situación de una autoridad encargada de regular la competencia que también emite opiniones en relación con la legislación que restringe o distorsiona la competencia y que la expresión "antimonopolio" tiene cierto sentido restrictivo; por ello, ha sugerido que la "Ley sobre la competencia" ponga más de manifiesto el alcance de la aplicación de la legislación sobre la competencia<sup>5</sup>. En el recuadro I figura la legislación sobre la competencia aprobada en la mayoría de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, con indicación del año de su promulgación y, cuando procede, el año en que fue revisada o en que se promulgó una nueva ley. En el anexo I de los comentarios figuran algunos ejemplos de títulos de leyes de defensa de la competencia actualmente en vigor.

RECUADRO 1

**Leyes sobre la competencia promulgadas en los Estados Miembros de las Naciones Unidas  
y otras entidades (con indicación del año de su promulgación)**

<i>África</i>	<i>Asia y el Pacífico</i>	<i>Países en transición</i>	<i>América Latina y el Caribe</i>	<i>Países de la OCDE</i>
Argelia (1995, 2003)	China (1993)	Armenia (2000)	Argentina (1980, 1999, rev. 2001)	Australia (1974)
Benin (1994, rev. 2001 y 2002, leyes vigentes de la UEMOA)	Fiji (1993)	Azerbaiján**	Bolivia*	Austria (1988, 2002, 2005)
Botswana*	Fiji (1993)	Belarús**	Brasil (rev. 1994, rev. 2002)	Bélgica (1991, 1999, 2002, 2005)
Burkina Faso (1994, rev. 2001 y 2002). Leyes vigentes de la UEMOA	Filipinas*	Bulgaria (1991)	Chile (1973, rev. 1980, rev. 2002)	Canadá (1889, 1985)
Camerún	India (1969, 2002)	Croacia (1995)	Colombia (1992)	República Checa (1991, rev. 2001)
Côte d'Ivoire (leyes vigentes de la UEMOA)	India (1969, 2002)	Eslovenia (1991)	Costa Rica (1992, 1994)	Dinamarca (1997, rev. 2002)
Egipto (2005) (1978)	Indonesia (1999)	Federación de Rusia (1991, 1995 y 2006)	El Salvador*	Unión Europea (1957)
Gabón (leyes vigentes de la UEMOA) (1998)	Indonesia (1999)	Georgia**	Guatemala*	Finlandia (1992, rev. 2001)
Ghana*	Jordania (2004)	Kazajistán**	Honduras*	Francia (1977, rev. 1986 y 2001)
Kenya (1988)	Malasia*	Kirguistán**	Jamaica (1993)	Alemania (1957, rev. 1998 y 2005)
Lesotho*	Malasia*	Lituania (1992)	Nicaragua (2006)	Grecia (1977, rev. 1995)
Malawi (1998)	Pakistán (1970)	Mongolia (1993)	Panamá (1996)	Hungría (1990, 1996, última rev. 2005)
Malí (1998)	Provincia china de Taiwán (1992)	República de Moldova (1992)**	Paraguay*	Irlanda (1991, rev. 1996, rev. 2002)
Marruecos (1999)	Singapur (2006)	Rumania (1996)	Perú (1990)	Italia (1990, 2005, 2006)
Mauricio*	Sri Lanka (1987)	Tayikistán (2005)**	República Dominicana*	Japón (1947, rev. 1998, 2005)
Namibia (2003)	Tailandia (1979 y 1999)	Turkmenistán**	Trinidad y Tabago (2006)	Letonia (2002)
República Centroafricana (leyes vigentes de la UEMOA)	Viet Nam (2004)	Ucrania (2001)	Venezuela (1991)	Luxemburgo (1970, rev. 1993)
República Unida de Tanzania (1994),*** (rev. 2002)		Uzbekistán		Malta (2002)
Senegal (1994) (leyes vigentes de la UEMOA)				México (1992)
Sudáfrica (1955, modificación en 1979, 1998 y 2000)				Países Bajos (1997)
Swazilandia*				Nueva Zelandia (1986)
Togo*				Noruega (1993, 2004)
Túnez (1991)				Polonia (1990 y 2004)
Zambia (1994)				Portugal (1993, 2003)
Zimbabwe (1996, rev. 2001)				República de Corea (1980, rev. 2004)
CARICOM				Eslovaquia (1991, 2001, 2002)
COMESA				España (1989, última rev. 2003)
MERCOSUR				Suecia (1993)
UEMOA (1994, 2002)				Suiza (1985, rev. 1995 y 2004****)
				Turquía (1994, 2003-4, 2005)
				Reino Unido (1890, rev. 1973, 1980, 1998 y 2002)
				Estados Unidos (1890, rev. 1976)

\* Ley sobre la competencia en preparación.

\*\* Casi todos los países de la CEI han creado un comité antimonopolio en el Ministerio de Economía o de Finanzas.

\*\*\* En enero de 1999 se creó la Oficina de Prácticas Comerciales Leales.

\*\*\*\* Puede consultarse una descripción de esta última revisión en FF 2002, 1911 (Mensaje del Consejo Federal: [www.admin.ch/ch/f/ff/2002/1911.pdf](http://www.admin.ch/ch/f/ff/2002/1911.pdf)).

## CAPÍTULO I

### *Objetivos o propósitos de la ley*

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

### COMENTARIOS AL CAPÍTULO I Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

#### *Objetivos o propósitos de la ley*

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

4. Este artículo se ha redactado de conformidad con el párrafo 2 de la sección E del Conjunto de principios y normas, que enuncia el principio fundamental en que los Estados deberían fundar su legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas. Los Estados quizá deseen indicar, como en la sección A del Conjunto de Principios y Normas, otros objetivos concretos de la ley, como la creación, el fomento y la protección de la competencia, el control de la concentración del capital o del poder económico, o de ambas cosas, el fomento de las innovaciones, la protección y promoción del bienestar social, en particular los intereses de los consumidores, etc., y tener en cuenta el efecto de las prácticas comerciales restrictivas en el comercio y desarrollo de los países.

5. En la legislación de diversos países, por ejemplo, se incluyen, entre otros, los objetivos que a continuación se indican. En Argelia: "la organización y la promoción de la libre competencia y la definición de las normas para su protección con el fin de estimular la eficiencia económica y la satisfacción de los consumidores"; en Armenia, "proteger y promover la competencia económica para asegurar un entorno apropiado de competencia leal, el desarrollo de empresas y la protección de los derechos del consumidor en la República de Armenia" (art. 1, Ley de defensa de la

competencia económica); en el Canadá: "defender y fomentar la competencia a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense, ampliar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales, sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera en el país, velar por que la pequeña y mediana empresa pueda participar en un pie de igualdad en la economía canadiense, y ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos"<sup>6</sup>; en Dinamarca: "fomentar la competencia y reforzar así la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios, etc., por medio de la máxima transparencia posible de las condiciones de competencia"; en Estonia, el objetivo de la ley correspondiente es salvaguardar la competencia en aras de los intereses de la libre empresa en la extracción de recursos naturales, la fabricación de productos, el suministro de servicios, la compra y venta de bienes y servicios, y la prevención y eliminación de las trabas, limitaciones o restricciones de la competencia en otras actividades económicas (art. 1); en el Gabón: "asegurar la libertad de precios y de comercio; prevenir cualesquiera prácticas anticompetitivas; garantizar la transparencia de las transacciones comerciales; regular la concentración económica; suprimir los obstáculos al libre juego de la competencia"<sup>7</sup> En la India, el objetivo de la Ley sobre la competencia de 2002, es "tener presente el desarrollo económico del país, ... para prevenir las prácticas que tengan efectos adversos sobre la competencia, promover y mantener la competencia en los mercados, proteger los intereses de los consumidores y asegurar la libertad del comercio ejercido por otros participantes en los mercados de la India, y ocuparse de los asuntos correspondientes o que guarden relación con ellos"<sup>8</sup>; en Hungría: "el mantenimiento de la competencia en el mercado para garantizar la eficiencia económica y el progreso social"<sup>9</sup>; en Mongolia: "regular los aspectos derivados de la prohibición y restricción del control estatal sobre la competencia entre entidades económicas en el mercado, los monopolios y otras actividades que impiden una competencia leal"<sup>10</sup> en Noruega: "promover la competencia y, de esa manera, contribuir a la utilización eficaz de los recursos de la sociedad... deberán tenerse especialmente en cuenta los intereses de los consumidores"; en Panamá: "proteger y garantizar el proceso de libre competencia económica, eliminando las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados y servicios y proteger los intereses superiores de los

consumidores"<sup>11</sup> en el Perú: "eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores"<sup>12</sup>; en la Federación de Rusia: "establecer una zona económica común, la libertad de circulación de las mercancías, la protección de la competencia y la libertad para realizar actividades económicas en la Federación de Rusia, así como crear las condiciones necesarias para el funcionamiento eficaz de los mercados de productos básicos"; en España los objetivos de la legislación (Ley de defensa de la competencia) se señalan en la "Exposición de Motivos": la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución<sup>13</sup> en Suecia: "eliminar y afrontar los obstáculos a una competencia efectiva en la esfera de la producción y el comercio de bienes, servicios y otros productos"<sup>14</sup>; en Suiza: "impedir los efectos económicos o sociales perjudiciales de los cárteles y otros obstáculos a la competencia y, con ello, promover la competencia en interés de una economía de mercado basada en principios liberales"; en los Estados Unidos se establece: "un principio general de libertad económica destinado a preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas"<sup>15</sup>; en la Provincia china de Taiwán, el objetivo de la Ley sobre Competencia Leal es mantener el orden comercial, proteger los intereses de los consumidores, asegurar la competencia leal y promover la estabilidad y la prosperidad económicas<sup>16</sup>. En Túnez, el objetivo de la ley es definir las disposiciones por las que se rige la libertad de precios, establecer las normas sobre la libre competencia, estipular a tal fin las obligaciones que incumben a fabricantes, comerciantes, proveedores de servicios y otros intermediarios, y prevenir toda práctica anticompetitiva, asegurar la transparencia de los precios, e impedir prácticas restrictivas y alzas ilícitas de los precios. También se propone controlar la

concentración económica; en Ucrania, el objetivo de la legislación es "controlar los monopolios y prohibir la competencia desleal en las actividades empresariales"; en Venezuela: "promover y proteger el ejercicio de la libre competencia," así como "la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores"<sup>17</sup>; en la legislación de Zambia los objetivos figuran en el preámbulo y son fomentar la competencia en la economía al prohibir las prácticas comerciales anticompetitivas; regular los monopolios y la concentración del poder económico; proteger el bienestar del consumidor; fortalecer la eficiencia de la producción y la distribución de servicios; asegurar las mejores condiciones posibles para la libertad del comercio; expandir la base empresarial; y ocuparse de los asuntos correspondientes o que guardan relación con esas materias. En el artículo 2 de la ley se indica que por "práctica comercial" se entiende toda práctica relacionada con el ejercicio de cualquier comercio y comprende todo lo que haga o se proponga hacer una persona o que afecte o es probable que afecte al proceder de cualquier comerciante o grupo de comerciantes o a la producción, suministro o precios en el intercambio de cualesquiera bienes, ya se trate de derechos reales o personales, o de cualquier servicio<sup>18</sup>; las disposiciones de la Comunidad Andina se refieren a "prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la competencia"<sup>19</sup>. En relación con la CE, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea considera que "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común" constituye uno de los medios necesarios para promover "un desarrollo armonioso de las actividades económicas" y "un alto grado de competitividad"<sup>20</sup>. Una decisión adoptada por MERCOSUR tiene como objetivo "garantizar unas condiciones equitativas de competencia entre los agentes económicos de MERCOSUR".

6. El texto propuesto se refiere al "control", que figura en el título del Conjunto de principios y normas, y a los "acuerdos restrictivos" y los "abusos de una posición dominante en el mercado", que son las prácticas a que se refieren las secciones C y D del Conjunto. Las palabras "que limiten el acceso a los mercados" se refieren a las medidas destinadas a estorbar o impedir la entrada de competidores reales o potenciales. El adverbio "indebidamente" significa que los efectos de las restricciones deben ser perceptibles, así como injustificados o graves, para que la prohibición se aplique. Esta idea figura en la legislación de muchos países, como Australia<sup>21</sup>, la Federación de

Rusia, la India, México<sup>22</sup>, el Reino Unido, la República de Corea y la Comunidad Europea.

7. En otras legislaciones, algunos convenios de cooperación entre empresas medianas y pequeñas (PYMES), cuando tales acuerdos están dirigidos a promover la eficiencia y competitividad de tales empresas frente a empresas más grandes, pueden ser autorizados. Así ocurre en Alemania, donde, los acuerdos de cooperación entre PYMES pueden ser examinados durante un período de transición por las autoridades encargadas de regular la competencia siempre que tales acuerdos no afecten al comercio transfronterizo mienten dentro del ámbito del artículo 81 del Tratado de Roma (las exenciones respecto de los sectores crediticios y seguros, las sociedades de cobro de derechos de autor y los deportes han sido suprimidas de conformidad con la legislación de la Unión Europea). Además, en el Japón ciertas actividades de las cooperativas de PYMES están exentas de la aplicación de la Ley Antimonopolio cuando su objetivo es la ayuda mutua entre los empresarios o consumidores, siempre que se den determinadas condiciones (las empresas pertenecientes a las categorías pequeña y mediana se definen teniendo en cuenta el capital desembolsado y el número de empleados). En el Reino Unido, el capítulo I de la Ley de la competencia de 1998 que prohíbe los acuerdos que impidan, restrinjan o distorsionen la competencia y puedan afectar al comercio dentro del Reino Unido, no se aplicará a un acuerdo, a menos que su efecto sobre la competencia en el país sea "apreciable". Por regla general, un acuerdo no se considerará que tiene un efecto "apreciable" cuando la cuota de mercado combinada de las partes del mercado pertinente no supere el 25%<sup>23</sup>. En la legislación de Argelia, están exentos los acuerdos y prácticas que permiten a las PYMES reforzar sus posiciones competitivas en el mercado o que propician el empleo<sup>24</sup>.

8. En la UE, incumbiría a los Estados decidir cómo debería aplicarse una regla *de minimis*. Fundamentalmente, hay dos posibilidades. Por una parte, cabe dejar que el organismo encargado de la aplicación de la ley decida basándose en una evaluación de los convenios o acuerdos notificados. En tal caso, la formulación de las normas de exención se dejaría al arbitrio del organismo. Por otra parte, en los casos en que la ley se centra en consideraciones de "interés nacional", las restricciones se examinan primordialmente en el contexto de si tienen o pueden tener, en definitiva, efectos perjudiciales sobre el desarrollo económico general<sup>25</sup>. Este concepto, aunque con diversos matices y acentos, ha encontrado expresión en la

legislación actual sobre prácticas comerciales restrictivas de los países desarrollados y los países en desarrollo<sup>26</sup>. Nótese, sin embargo, que el concepto *de minimis* (es decir, que ciertos acuerdos son por su cuantía demasiado pequeños para causar daño efectivo alguno a la competencia y no incumben realmente, por tanto, a las autoridades en la materia) debería distinguirse de la noción de ciertos acuerdos que presentan rasgos anticompetitivos y pueden merecer, sin embargo, quedar exentos por causa de otros rasgos favorables. Ambos conceptos se reconocen en la legislación tanto del Reino Unido como de la CE<sup>27</sup>. En los Estados Unidos, la jurisprudencia adopta una posición firme frente a la inclusión de cuestiones no relacionadas con la competencia como parte de un análisis *antitrust*. Por ejemplo, el Tribunal Supremo de ese país señaló que la finalidad de un análisis de esa índole "es formar una opinión sobre el significado competitivo de la restricción; no se trata de decidir si un proceder favorece la competencia y reviste interés público, o si interesa a los miembros de una rama de la producción"<sup>28</sup>.

## 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 diera 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

### *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.

9. La definición de "empresa" se basa en el párrafo 3 de la subsección i) de la sección B del Conjunto de Principios y Normas.

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.

10. La definición de "posición dominante en el mercado" se basa en el párrafo 2 de la subsección i) de la sección B del Conjunto de Principios y Normas. Más adelante, en los párrafos 55 a 60 figuran otros comentarios sobre esta cuestión.

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 diera lugar a un aumento no insignificante de los precios.

11. Se han ampliado las definiciones contenidas en el Conjunto para incluir la de "mercado pertinente". El criterio adoptado en esta definición es el desarrollado en las directrices sobre fusiones de los Estados Unidos, generalmente aceptadas por los economistas especializados en la lucha contra los monopolios de la mayoría de países<sup>29</sup>.

12. La definición del "mercado pertinente" consiste simplemente en determinar el producto o los servicios concretos o la clase de productos fabricados o servicios prestados por una o varias empresas en una zona geográfica determinada. En el recuadro 2 se exponen las nociones básicas sobre el mercado pertinente y la definición de mercado en el derecho y la política de la competencia. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido el concepto de mercado pertinente como "la zona de competencia efectiva en que el demandado realiza sus operaciones"<sup>30,31</sup>. La delimitación de la zona de competencia efectiva requiere investigar el mercado pertinente del producto y el mercado geográfico de que se trata. Es también necesario señalar que la definición del mercado pertinente proporciona una idea general de la situación de la competencia a la que se enfrenta la empresa. Asimismo, muchas jurisdicciones, en particular la del Reino Unido, prevén la posibilidad de tener en cuenta la sustitución por el lado de la oferta al definir el

mercado pertinente. Esto es tanto más importante cuanto que la ley de que se trata se aplica a medidas que se derivan solamente de la cuota de mercado. Por ejemplo, algunos países exigen que los "monopolios" (definidos como empresas que poseen, por ejemplo, el 30 o el 40% del mercado) se sometan al control de precios o a la obligación de facilitar información, o a ambas cosas. La Ley de la India sobre la competencia 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." (sec. 2 h)<sup>32</sup>

#### RECUADRO 2

##### El mercado pertinente y la definición de mercado en el derecho y a política de la competencia

El mercado pertinente, que es el lugar en que oferta y demanda se influyen recíprocamente, constituye un marco de análisis que pone de relieve las limitaciones a que tienen que hacer frente las empresas de que se trate en materia de competencia. La definición de mercado pertinente tiene por objeto discernir qué empresas compiten entre sí respecto de un producto y en un ámbito geográfico dados a fin de determinar si otras empresas pueden limitar efectivamente los precios de un supuesto monopolista. Dicho de otro modo, se trata de reconocer cuáles son los competidores de una empresa que pueden realmente influir en su comportamiento e impedir que actúe con independencia de cualquier presión competitiva real. Así pues, la definición de los productos y de los mercados geográficos pertinentes es un aspecto esencial del análisis en muchos asuntos relacionados con las leyes sobre la competencia.

El mercado pertinente del producto se define determinando la gama de sucedáneos cercanos de un producto suministrado por las empresas cuya conducta se examina; como dijo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, "el mercado se compone de productos razonablemente sustituibles a los efectos para los que son producidos, habida cuenta de su uso, precio y cualidades".

A medida que progresa la globalización, el mercado geográfico pertinente puede ser local, nacional, internacional o incluso mundial, según el producto concreto que se examine, la índole de las otras posibilidades de oferta del producto y la existencia o ausencia de factores específicos (por ejemplo, costos de transporte, aranceles u otras barreras y medidas reguladoras) que impidan contrarrestar mediante importaciones el ejercicio del dominio en el mercado interno.

En la Unión Europea, los organismos de defensa de la competencia tienen en cuenta, para la definición del mercado pertinente, una serie de factores, como las reacciones de los agentes económicos ante la evolución de los precios relativos, las características socioculturales de la demanda y la existencia o ausencia de barreras a la entrada, tales como los costos de transporte. Los mismos organismos suelen centrarse en sus análisis en la evolución de la demanda y sus efectos en la dimensión geográfica del mercado pertinente.

*Fuentes:* Comisión Europea, OCDE, OMC y UNCTAD.

13. El mercado del producto (el término producto incluye los servicios) es el primer elemento que hay que tener en cuenta al determinar el mercado pertinente. 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.

En la Ley de la India sobre la competencia de 2002, en su sección 2 (apartados r, s y t), el mercado pertinente se define como sigue:

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;

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;

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:

- 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.

14. 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

importantes<sup>33</sup>. El mercado geográfico pertinente puede ser limitado -por ejemplo, una pequeña ciudad- o bien ser todo el mercado internacional. Entre ambos caben otras posibilidades como varias ciudades, una provincia, un Estado, o una región compuesta por varios Estados. Por ejemplo, en relación con el control de las prácticas comerciales restrictivas en una agrupación económica regional como la Comunidad Europea, el mercado geográfico pertinente es el "Mercado Común o una parte sustancial del mismo". A este respecto, el Tribunal de Justicia falló en el asunto de la "Industria azucarera europea"<sup>34</sup> que Bélgica, Luxemburgo, los Países Bajos y la parte meridional de la entonces República Federal de Alemania constituían "partes sustanciales del Mercado Común" (es decir, el mercado geográfico pertinente). Asimismo, el Tribunal resolvió que era necesario tener en cuenta en particular la estructura y el volumen de la producción y el consumo del producto y los usos económicos de vendedores y compradores y las posibilidades que se les ofrecían. Para determinar el mercado geográfico, también puede utilizarse un enfoque orientado a la demanda. Según este enfoque, el mercado geográfico pertinente es la zona en que el consumidor o comprador ordinario suele satisfacer su demanda. Para determinar el "mercado geográfico pertinente", la Ley de la India sobre la competencia considera los factores siguientes (sec. 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 en los consumidores;
- h) Necesidad de asegurar un suministro regular o unos servicios rápidos de posventa.

15. 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. En

Chile, la legislación no dispone de definiciones de los conceptos aquí señalados.

## 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.

Pueden surgir problemas cuando los actos de las empresas o personas naturales pertenecientes al Estado o a las administraciones locales o los actos de las empresas o personas naturales impuestos por razón de interés público 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 (es decir, reglamentados), excedan del ámbito de la delegación. No obstante, en algunas legislaciones, las acciones de las empresas públicas que puedan mermar, eliminar o excluir la competencia en el comercio o la industria están sujetas a las leyes sobre la competencia. El recuadro 3 versa sobre las relaciones recíprocas entre regulación y derecho y política de la competencia.

16. El texto sobre el ámbito de aplicación tiene en cuenta la subsección ii) de la sección B del Conjunto, que ha sido ampliada para puntualizar que la ley se aplica a las personas naturales pero no a los funcionarios públicos que actúan por cuenta de la administración. Sin embargo, una persona natural no es una "empresa", salvo que haya constituido una "sociedad unipersonal". La ley tipo podría dar a entender que un convenio entre una sociedad y su administrador es un convenio entre dos "empresas" y, por tanto, constituye confabulación. De manera prácticamente general la doctrina jurídica concluye que no debería ser así. En Chile, sin embargo, "el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier acto será considerado como empresa personal (...)"<sup>35</sup>. En Colombia, el artículo 25 del Código de Comercio señala que "se entenderá como empresa toda

actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

El enfoque de la UE a la definición de mercado figura en una comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, *Diario Oficial*, 1997 C 372, pág. 2 (véase el recuadro 2). Asimismo, las personas naturales pueden clasificarse como empresa en el sentido de los artículos 81 y 82 del Tratado de la CE sin constituirse como una empresa personal si son agentes económicos independientes en mercados de bienes o servicios (véase, por ejemplo, en lo que atañe a los agentes de aduanas italianos el asunto C-35/96, Comisión contra Italia [1998] RJ I-3851). El Tribunal de Justicia Europeo ha clasificado, por tanto, sobre esta base a los abogados, médicos y arquitectos como empresas en el sentido de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. La definición de "empresa" podría sustituirse por la de "agente económico", lo que permitiría que la ley se aplicara también a las personas naturales que pueden actuar o que actúan de hecho como profesionales (abogados, agentes de aduanas, etc.). Además, en el ámbito de la ley estarían ciertos tipos de personas jurídicas que en principio no tienen fines lucrativos, tales como asociaciones o uniones de empresas o profesionales, que también pueden tener comportamientos anticompetitivos<sup>36</sup>.

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<sup>37</sup>. En Armenia, se indica que "la presente ley se aplicará a aquellas actividades y conductas de entidades económicas y organismos públicos estatales y locales, que puedan redundar en una restricción, prevención y distorsión de la competencia o en actos de competencia desleal, excepto cuando se indique otra cosa por ley"<sup>38</sup>.

**RECUADRO 3**

**Regulación y derecho y política de la competencia**

Fundamentalmente, la regulación y el derecho y la política de la competencia tienen por objeto defender el interés público frente al poder monopolístico. Aunque ambos proporcionan a los poderes públicos un instrumento para alcanzar ese objetivo, el alcance y los tipos de intervención varían. La regulación y el derecho de la competencia no son idénticos. El derecho y la política de la competencia, por un lado, y los problemas de regulación, por el otro, pueden interferirse recíprocamente de cuatro maneras:

- *La regulación puede estar en contradicción con la política de la competencia.* Las medidas reguladoras pueden haber fomentado, o incluso exigido, un comportamiento o unas condiciones que en otras circunstancias constituirían una violación del derecho de la competencia. Por ejemplo, las medidas reguladoras pueden haber permitido la coordinación de los precios, impedido la publicidad o exigido el reparto del mercado territorial. Otros ejemplos comprenden las leyes que prohíben las ventas a un precio inferior al costo, cuyo propósito es fomentar la competencia pero que a menudo se interpretan de una forma contraria a la competencia y la categoría muy amplia de medidas reguladoras que restringen la competencia más de lo necesario para lograr los objetivos de la regulación. La modificación o supresión de esas medidas reguladoras obliga a las empresas afectadas a modificar sus hábitos y expectativas.
- *La regulación puede sustituir a la política de la competencia.* En los monopolios naturales, la regulación puede tratar de controlar la posición de dominio directamente, mediante la fijación de topes de precios y el control de entrada y acceso. La evolución de la tecnología y otras instituciones pueden hacer que se reconsideren las premisas básicas en favor de la regulación, es decir, que las instituciones y la política de la competencia tal vez no sean adecuadas para impedir el monopolio y el ejercicio del dominio en el mercado.
- *La regulación puede duplicar el derecho y la política de la competencia.* La coordinación y los abusos en un sector económico pueden impedirse tanto mediante una regulación como con el derecho y la política de la competencia. Por ejemplo, las medidas reguladoras pueden establecer normas de competencia leal o reglas de licitación que garanticen el carácter competitivo de las ofertas. No obstante, distintos reguladores pueden aplicar normas diferentes, y cambios o diferencias entre instituciones reguladoras ponen de manifiesto que políticas aparentemente iguales conducen a resultados prácticos diferentes.
- *La regulación puede aplicar métodos de política de la competencia.* Los instrumentos para alcanzar los objetivos de la reglamentación pueden concebirse de manera que aprovechen los incentivos comerciales y la dinámica competitiva. Tal vez sea necesaria cierta coordinación para que esos instrumentos cumplan los fines para los que fueron elaborados en el contexto del derecho de la competencia.

En Corea, la ley se aplica a todas las empresas. Las excepciones en agricultura, pesca, silvicultura y minería se abolieron cuando se revisó ese precepto (art. 2-1). La Ley de la competencia de Noruega prevé que se establezca una reglamentación que permita las excepciones necesarias para aplicar las políticas agrícolas y pesqueras. En Ucrania, la ley se aplica a las relaciones entre entidades económicas (empresarios), sus asociaciones, organismos estatales, ciudadanos, personas jurídicas y sus asociaciones que no sean entidades económicas (empresarios) en relación con la competencia desleal, incluidos los actos realizados por ellos fuera de Ucrania, cuando esos actos tengan efectos negativos sobre la competencia en su territorio. En la sección 6 1) de la Ley de Zambia se señala el ámbito de aplicación, siendo su función supervisar,

controlar y prohibir actos o comportamientos que es probable afecten de modo adverso a la competencia y al libre comercio en el país. Los actos o conductas se realizarán por "personas", lo que comprende a individuos, sociedades de capitales o de personas, asociaciones y a todo grupo que actúe de consuno, esté o no constituido como empresa, a diferencia de la ley tipo. Esto abarca tanto al sector público como al privado, excepto en los asuntos de que trata la sección 3<sup>39</sup>.

17. Aunque casi todos los códigos internacionales sobre prácticas comerciales restrictivas, como los reglamentos de las Comunidades Europeas relativos a las cuestiones de competencia, la Decisión de la Comunidad Andina sobre las prácticas restrictivas de la libre competencia y la Decisión de

MERCOSUR sobre protección de la competencia sólo se aplican a empresas, la mayoría de las leyes nacionales sobre prácticas comerciales restrictivas se aplican tanto a personas naturales como a sociedades porque la disuasión y reparación pueden ser más eficaces en el ámbito nacional si los propietarios o administradores de las empresas son personalmente responsables de las infracciones en que incurran o autoricen, como es el caso del Reino Unido en virtud de la Ley sobre prácticas restrictivas. Es importante mencionar que también pueden considerarse "empresas" las asociaciones profesionales, a los efectos de las leyes sobre la competencia<sup>40</sup>.

18. 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<sup>41, 42</sup>. En Kenya, la sección 73 de la ley se aplica a las empresas estatales pero recoge también exenciones en la sección 5<sup>43</sup>. En España, en el artículo 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<sup>44</sup>. 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. En el Acuerdo de que Asociación con la UE se prevé el reajuste progresivo de los monopolios del Estado de carácter comercial para 2010, así como la supresión de todas las medidas contrarias a los intereses de las partes, particularmente en lo concerniente a las empresas públicas y las empresas que tengan concedidos derechos especiales o exclusivos<sup>45</sup>.

19. La mención a la propiedad intelectual es coherente con casi todas las leyes antitrust, que consideran "convenios" las concesiones de licencias para la transmisión de tecnología y los examinan como cualquier otro convenio para determinar si

contienen restricciones o abusos, 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.

20. Hay que señalar que en varios países los derechos de propiedad intelectual<sup>46</sup> han suscitado problemas de competencia. En vista de los que origina el ejercicio de derechos de autor, las patentes y las marcas, varios países, como España<sup>47</sup>, y el Reino Unido<sup>48</sup>, así como 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 arbitrado directrices destinadas a ayudar a quienes necesitan prever si los organismos de supervisión denunciarán una práctica como contraria a la competencia<sup>49</sup>. Asimismo, es importante tener en cuenta las disposiciones sobre control de las prácticas anticompetitivas de las licencias contractuales que figuran en el Acuerdo de la Ronda Uruguay sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>50</sup>. En Chile, si bien el artículo 5 dispone: "sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial (...), los organismos antimonopolio se avocan al conocimiento de estos asuntos toda vez que produzcan efectos en la competencia"<sup>51</sup>.

### CAPÍTULO III

#### *Convenios o acuerdos restrictivos*

- I. *Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u officiosos:*
  - a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;
  - b) La licitación colusoria;
  - c) El reparto de mercados o clientela;
  - d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
  - e) La negativa concertada a comprar;
  - f) La negativa concertada a suministrar;

g) La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.

## II. Autorización o exención

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas con antelación y se realicen por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas o declaradas exentas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redunda en un beneficio público neto.

### COMENTARIOS AL CAPÍTULO III Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

#### *Convenios o acuerdos restrictivos*

I. *Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u oficiosos:*

a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;

b) La licitación colusoria;

c) El reparto de mercados o clientela;

d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

e) La negativa concertada a comprar;

f) La negativa concertada a suministrar;

g) La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.

21. Los elementos de este artículo se basan en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas y, como en ese párrafo, se ha adoptado un criterio de prohibición de carácter general. Tal es el criterio que se ha adoptado o se está adoptando en las leyes sobre prácticas restrictivas de muchos países. Véase el recuadro 4, en el que se indican las prácticas contrarias a la competencia más comunes que pueden dar lugar a una investigación

#### RECUADRO 4

##### **Prácticas contrarias a la competencia que pueden dar lugar a una investigación**

- Un cártel secreto entre empresas competidoras que regule los precios o las cuotas de mercado;
- Un sistema de precios aplicado por una empresa dominante sin atender a las necesidades del mercado sino a su deseo de eliminar del mercado a un competidor más pequeño ("fijación abusiva de precios");
- La negativa de una empresa dominante a suministrar;
- Un sistema de distribución que divida rígidamente el mercado nacional en territorios separados y que impida las importaciones paralelas del producto distribuido por contrato.

22. Los convenios entre empresas son fundamentalmente de dos tipos: horizontales y verticales. Los convenios horizontales son los celebrados entre empresas que se dedican en general a las mismas actividades, es decir, entre productores, entre mayoristas o entre minoristas de un mismo género de productos. Los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos escalones del proceso de fabricación y distribución; por ejemplo, entre fabricantes de componentes y fabricantes de productos que incorporan esos componentes, entre

productores y mayoristas o entre productores, mayoristas y minoristas. Algunos convenios pueden ser a la vez horizontales y verticales, como los convenios de fijación de precios. Actividades competidoras son las de las empresas que compiten en el plano horizontal. Se habla de actividades potencialmente competidoras cuando se da una situación en la que la otra parte o las otras partes están capacitadas para iniciar el mismo género de actividades y es probable que lo hagan; por ejemplo, un distribuidor de

componentes puede ser también productor de otros componentes.

23. Los convenios entre empresas están prohibidos en principio en el Conjunto, "excepto cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras" (párrafo 3 de la sección D). Conviene señalar que una mayoría de organismos jurisdiccionales ha resuelto que las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras. En los Estados Unidos, aunque para algunos tribunales esta regla incluye a las sociedades en las que otra empresa tiene una participación mayoritaria<sup>52</sup>, el Tribunal Supremo sólo se ha limitado a declarar la imposibilidad de que una sociedad central y su filial en propiedad absoluta conspiran a los efectos de la Ley Sherman<sup>53</sup>.

24. Los convenios o acuerdos, tanto escritos como verbales, oficiales u officiosos, quedarían comprendidos en la prohibición. Esta abarcaría cualquier tipo de pacto, estuviera o no destinado a tener fuerza jurídica obligatoria. A este respecto, la Ley de la India de 2002 sobre la competencia prohíbe todo acuerdo en la fabricación, oferta, distribución, almacenamiento o control de bienes o servicios que causen o es probable que causen efectos adversos apreciables sobre la competencia en el país. En el caso de los acuerdos horizontales hay una presunción de "efecto adverso apreciable sobre la competencia" en la India. La legislación del Pakistán define un convenio como "todo acuerdo o avenencia, formalizado o no por escrito y destinado o no a ser jurídicamente exigible"<sup>54</sup>. Las leyes del Gabón, la India y Sudáfrica<sup>55</sup> contienen una definición similar. Las leyes de Polonia<sup>56</sup> y de la Federación de Rusia<sup>57</sup> hacen referencia a los "convenios, sea cual sea fuere su forma". El enunciado de la ley de España, que se inspira en las normas de la Comunidad Europea, es especialmente generoso y abarca múltiples posibilidades que van más allá de los convenios, es decir, "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela". Un criterio similar siguen Côte d'Ivoire, Hungría, el Perú y Venezuela<sup>58</sup>, así como la normativa de la Comunidad Andina y de MERCOSUR.

25. Cuando los acuerdos figuren por escrito, no podrá surgir controversia jurídica alguna sobre su

existencia misma, aunque sí sobre su significado. Ahora bien, las empresas suelen abstenerse de concertar convenios escritos, especialmente cuando están prohibidos por la ley. Los convenios officiosos o verbales plantean el problema de su probanza, puesto que tiene que demostrarse que ha habido entre las empresas alguna forma de comunicación o conocimiento compartido de las decisiones comerciales que se haya traducido en una actuación concertada o en conductas paralelas. Por consiguiente, la prueba de la actuación concertada en tales casos se basará en indicios. Una actuación paralela constituirá un serio indicio de tal conducta, pero puede no considerarse prueba concluyente. Otra forma importante de probar la existencia de un acuerdo verbal, muy superior a la prueba de la conducta paralela, es un testimonio directo de testigos.

26. Determinar si unas conductas paralelas son el resultado de decisiones comerciales independientes o de un pacto tácito requeriría probablemente investigar la estructura del mercado, las diferencias de precios en relación con los costos de producción, el momento en que se adopten las decisiones y otros indicios de la uniformidad de la conducta de las empresas en el mercado de un producto determinado. Una baja paralela de los precios puede ser indicio de sana competencia, mientras que unos aumentos paralelos constituirían indicios vehementes de la existencia de un convenio o acuerdo, tácito o no, suficientes para desplazar la carga de la prueba sobre la empresa o las empresas implicadas que, a su vez, deberían aportar alguna prueba en contrario por simple prudencia<sup>59</sup>. Otra manera de distinguir una conducta paralela pero competitiva de aquella derivada de un acuerdo anticompetitivo será averiguar si el comportamiento de una empresa determinada redundaría en su propio provecho de no mediar la seguridad de que sus competidores actuarán de un modo análogo. No obstante, es también importante mencionar que los aumentos paralelos de precios, sobre todo en períodos de inflación generalizada, son compatibles tanto con la competencia como con la colusión y no constituyen una prueba sólida de conducta anticompetitiva.

27. Las prácticas comerciales restrictivas enumeradas en los apartados a) a g) del artículo 3 se indican a título de ejemplo y no deberían considerarse como una lista exhaustiva de prácticas que han de prohibirse. Aunque comprende los supuestos más corrientes de prácticas restrictivas, esa lista puede ampliarse

para incluir otras posibilidades y convertirse en una lista indicativa mediante la inclusión de entre "Prohibición de" y "los siguientes convenios" de las palabras "entre otras posibilidades", como por ejemplo en Hungría<sup>60</sup> o "entre otros", como, por ejemplo, en la ley colombiana<sup>61, 62</sup>, o la adición de las palabras "y otros de efectos equivalentes", como en la normativa de la Comunidad Andina<sup>63</sup> o mediante la sustitución de las palabras "los siguientes" por las palabras "en particular, los que consistan en:", como en el caso de la Ley de defensa de la competencia de España. De ese modo, el artículo 3 se convierte en una "cláusula general" que abarca, no sólo los convenios enumerados en los apartados a) a g), sino también otros no mencionados expresamente que el organismo encargado de la aplicación de la ley considere igualmente restrictivos.

28. Por otra parte, en algunos países como la India, ciertos acuerdos son evaluados por la correspondiente Comisión de Defensa de la Competencia, basándose en su efecto adverso apreciable sobre la competencia en el país, a tenor de un criterio de razonabilidad (*rule of reason*). Entre esos acuerdos figuran:

- i) Acuerdos vinculados;
- ii) Acuerdos exclusivos de oferta;
- iii) Acuerdos de distribución exclusiva;
- iv) Negativas a tratar; y
- v) Mantenimiento de precios de reventa.

29. Una característica distintiva de la normativa elaborada en los Estados Unidos en aplicación del artículo 1 de la Ley Sherman es el criterio de la ilegalidad intrínseca. Si bien el carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*) es el principio por el que hay que guiarse para calificar una conducta de contraria a la libre competencia (basándose en la investigación de los fines y efectos de la supuesta restricción para determinar el carácter no razonable de la restricción sometida a control), el Tribunal Supremo ha afirmado que "existen ciertos convenios o prácticas de los que, a causa de sus efectos perniciosos sobre la competencia y de la falta de toda ventaja compensatoria, se presume de modo concluyente que no tienen carácter razonable y, por consiguiente, que son ilegales, sin detenerse a indagar el daño concreto que hayan causado ni la razón comercial que excuse su adopción"<sup>64</sup>. Las

restricciones que se considera que constituyen intrínsecamente violaciones de la legalidad suelen incluir los acuerdos de fijación de precios, el reparto horizontal de mercados y clientela, las negativas concertadas a tratar de carácter horizontal y las maquinaciones para alterar la oferta. En algunos países los "cárteles puros" están considerados en sí mismos como organizaciones delictivas en la legislación. Por ejemplo, en la legislación húngara sobre la competencia no se exceptúan los acuerdos de fijación de precios y de reparto del mercado aun cuando, habida cuenta de las cuotas de mercado de los participantes, se considerara que dichos acuerdos son de escasa importancia y, por consiguiente, quedarían exentos de conformidad con el concepto de *de minimis*<sup>65</sup>.

30. Nótese que la Comunidad Europea también considera *a priori* que los acuerdos entre empresas (o las prácticas concertadas o las decisiones de asociaciones de empresas) que restrinjan la competencia (por los efectos que puedan tener en el comercio entre Estados miembros) quedan prohibidos (párrafo 1 del artículo 81 del Tratado de Roma) y son nulos de pleno derecho (párrafo 2 del artículo 81). Asimismo considera que en determinadas circunstancias las disposiciones del párrafo 1 del artículo 81 no serán aplicables a estos acuerdos si cumplen las siguientes condiciones (párrafo 3 del mismo artículo):

a) Contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico;

b) Reservar a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante;

c) No imponer a las empresas interesadas restricciones (sobre la competencia) que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y

d) No ofrecer a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Una característica especial de la normativa rusa es que la prohibición de los acuerdos no descansa en el criterio de la legalidad intrínseca; en otras palabras, las autoridades encargadas de la lucha contra los monopolios de la Federación de Rusia pueden prohibir los acuerdos que consideren que producen o pueden producir como resultado una importante restricción de la competencia.

31. La legislación australiana prohíbe la mayoría de los convenios de fijación de precios, los boicoteos y algunas formas de acuerdos de exclusividad.

a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;

32. El Conjunto de Principios y Normas requiere en el apartado a) del párrafo 3 de la sección D que se prohíban los "acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones".

33. La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se considera en muchos países ilícita *per se*<sup>66</sup>. En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo limitó la prohibición intrínseca del mantenimiento de precios de reventa al mantenimiento de un precio de reventa mínimo, indicando que el mantenimiento de un precio de reventa máximo se analizará con un criterio razonable (*rule of reason*), ya que puede conducir a precios más bajos. La fijación de precios puede producirse en cualquier escalón del proceso de producción y distribución. Puede consistir en acuerdos sobre precios de bienes primarios, insumos intermedios o productos acabados. También puede entrañar acuerdos relativos a determinadas formas de calcular los precios, como la concesión de descuentos y rebajas, el establecimiento de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre precios.

34. La fijación de precios puede hacerse por las empresas como una práctica aislada o formar parte de un acuerdo colusorio más amplio entre ellas que regule la mayoría de las actividades comerciales de los miembros y abarque, por ejemplo, licitaciones pactadas, acuerdos de reparto de mercados y clientela, cuotas de ventas y producción, etc. Asimismo, en los convenios de fijación de precios u otras condiciones de venta prohibidos en este párrafo pueden figurar aspectos relativos a la demanda, como es el caso de los cárteles destinados a reforzar el poder de compra o que surtan tal efecto.

35. Por lo que atañe al comercio internacional, cabe señalar que, si bien la fijación de precios de los bienes o servicios vendidos en el mercado interior se somete a un control estricto en la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas, en el caso de las exportaciones suele autorizarse con

el argumento de que tales actividades no afectan al mercado nacional. En algunos países, la legislación exime especialmente los cárteles de exportación a condición de que hayan sido notificados e inscritos en un registro y de que no perjudiquen el mercado interior. Así ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos y el Perú. La participación de industrias nacionales en los cárteles internacionales está prohibida por la legislación de los Estados Unidos y de otros países<sup>67, 68</sup>.

b) La licitación colusoria<sup>69</sup>;

36. Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y en las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para "dejar fuera" a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano a los rematantes por rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensaciones a aquellos licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato, basado en un determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre todos.

37. La licitación colusoria es ilegal en la mayoría de los países. Aun los que no cuentan con disposiciones legales específicas sobre prácticas comerciales restrictivas disponen a menudo de una normativa especial sobre licitaciones. Casi todos los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales, en razón de sus aspectos fraudulentos y especialmente de sus perjuicios para las compras del Estado y el gasto público. En la República Popular de China, la oferta será declarada nula y sin efecto, y según las circunstancias se impondrá una multa. En Kenya, por ejemplo, la licitación colusoria está tipificada como infracción penal castigada con una pena de hasta tres años de prisión cuando dos o más personas licitan para el suministro o la compra de bienes o servicios a un precio o en unas condiciones acordadas o pactadas entre ellas, salvo en el caso de licitaciones conjuntas reveladas a los convocantes de la licitación y aceptables para éstos. En Hungría, las manipulaciones para alterar

las ofertas en relación con las adquisiciones públicas o con las adjudicaciones de concesiones se tipifican, en función del valor contractual, como delitos leves o graves que llevan aparejada, respectivamente, una pena de privación de libertad de dos o de cinco años<sup>70</sup>. En Suecia, no existe en la Ley de la competencia ninguna disposición especial relativa a la licitación colusoria. Este tipo de cooperación horizontal entra dentro de la prohibición general de acuerdos anticompetitivos o prácticas concertadas.

c) El reparto de mercados o clientela;

38. Los acuerdos entre empresas de reparto de mercados y clientela consisten en asignar a determinadas empresas determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trate. Tales acuerdos tienen por objeto en especial consolidar o mantener una estructura dada del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de sus clientes o mercados respectivos. Pueden ser restrictivos para una línea de productos concreta o para un tipo de clientes en particular.

39. Los acuerdos de reparto de mercados se dan en el comercio tanto interior como exterior; en este último caso frecuentemente suponen un reparto del mercado internacional con criterios geográficos que responden a relaciones entre proveedores y compradores previamente establecidas. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra. Cabe, por otra parte, que los acuerdos de reparto de mercados tengan ese fin específico.

d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

40. Los acuerdos de reparto de mercados también pueden hacerse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de basarse en una distribución de territorios o clientes. Tales restricciones se aplican a menudo en los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de los precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar su oferta a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.

e) La negativa concertada a comprar;

f) La negativa concertada a suministrar;

41. Las negativas concertadas comprar o a suministrar, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, los miembros del cártel pueden pactar entre ellos que no venderán o no comprarán a determinados clientes) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción y distribución negándose a tratar con un tercero, normalmente un competidor de una de ellas). Véase el recuadro 5, en el que se expone brevemente el tratamiento que el derecho y la política de la competencia reservan a las restricciones verticales, que también pueden examinarse en relación con la posición de la empresa en el mercado.

42. Los boicoteos se consideran ilegales en varios países, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de mantenimiento colectivo de precios de reventa y los de exclusividad. Por ejemplo, los boicoteos o las listas de suspensión (*stop lists*) para asegurar colectivamente que se cumpla la imposición de precios de reventa están prohibidos en el Reino Unido.

En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo sostuvo en el asunto *Northwest Wholesale Stationers, Inc. contra Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985), que no todas las negativas horizontales concertadas a comerciar justifican por sí mismas su examen. El demandado, una cooperativa de compras, había expulsado a un miembro sin ofrecer una explicación en ese momento o un medio procesal de oponerse a la expulsión. El Tribunal mantuvo que esas cooperativas se caracterizan por estar destinadas a aumentar la eficiencia económica y sostuvo que a menos que la cooperativa tuviera un poder de mercado o un acceso exclusivo a un "elemento esencial para una competencia efectiva", la expulsión del miembro debía juzgarse con el criterio de si era razonable o no (*rule of reason*) y, por tanto, podía muy bien ser lícita. En contraste, en *FTC contra Superior Court Trials Lawyers Ass'n*, 493 U.S. 411 (1990), el Tribunal Supremo falló que el boicoteo de un grupo con el fin de influir en el precio pagado por los servicios de los miembros del grupo era intrínsecamente ilegal con independencia del poder de mercado de los participantes.

**RECUADRO 5**

**Restricciones verticales y derecho y política de la competencia**

El concepto de restricción vertical se refiere a ciertos tipos de prácticas comerciales sobre la reventa de productos por fabricantes o proveedores y que se acuerdan así entre empresarios en una rama de actividad situada en etapas diferentes de la cadena del valor añadido. Comprende el mantenimiento colectivo de precios de reventa, los acuerdos de exclusividad y las restricciones impuestas a los distribuidores por razones de mercado territorial (geográfico) exclusivo o reservado. Mientras que la primera de esas prácticas sigue siendo muy discutida por los economistas, los acuerdos y restricciones de exclusividad despiertan menos recelo.

- **Mantenimiento colectivo de precios de reventa:** esta práctica se traduce básicamente en acuerdos entre minoristas, impuestos por los productores, de no competir en materia de precios (creando así una "red"). Consiste por lo general en la fijación de los precios *al por menor* por el fabricante o proveedor original, y a menudo se la designa en América del Norte y en Europa con el eufemismo "comercio leal". En algunos casos, un proveedor puede controlar el mercado del producto. En los mercados concentrados (por ejemplo, aquéllos en los que existen pocas "redes" que ofrezcan la misma clase de producto de diferentes marcas) o cuando existe un poder de mercado (es decir, cuando falta la competencia entre marcas, como suele suceder en los países en desarrollo), los organismos de defensa de la competencia deberían pedir a los productores que desearan fijar los precios al por menor una justificación detallada, por motivos de eficiencia, o deberían tratar de eliminar las barreras reguladoras que impidan la entrada de nuevas empresas. El mantenimiento colectivo de precios de reventa es una esfera donde la política de la competencia de los mercados maduros y competitivos y la de los mercados en desarrollo puede ser muy diferente.
- **Acuerdos de exclusividad:** esta práctica reviste la forma de acuerdos entre un fabricante que ofrece un contrato de compraventa con la condición de que el comprador acepte no comerciar con los productos de un competidor. Es una restricción a la libertad de elección de compradores o proveedores de la empresa.
- **Restricciones de mercado territorial exclusivo o reservado:** esta práctica se materializa en acuerdos por los que un fabricante restringe la competencia entre minoristas en la distribución de sus productos.
- **Acuerdos vinculantes:** son acuerdos por los que un fabricante restringe las fuentes de abastecimiento de determinados insumos utilizados por minoristas. En la Ley de los Estados Unidos se define un acuerdo vinculante como "todo acuerdo de una parte para vender un producto pero sólo con la condición de que el comprador también adquiera un producto diferente (o vinculado) o no compre el producto a ningún otro proveedor".

En muchas jurisdicciones, las restricciones verticales están sujetas al criterio del carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*), lo que pone de manifiesto que tales restricciones no son siempre perniciosas sino que en realidad pueden ser beneficiosas en determinadas circunstancias de la estructura del mercado. Los organismos de defensa de la competencia raramente se oponen a las restricciones verticales no basadas en el precio.

43. Las denegaciones concertadas a suministrar a un comprador nacional o a un importador constituyen también una negativa a tratar. Cuando los afectados sean importadores potenciales pueden ser el resultado de acuerdos de reparto de clientes por los que los proveedores convienen en no abastecer más que a los compradores designados. También pueden ser el resultado de acuerdos colectivos verticales entre compradores y vendedores, incluidos importadores y exportadores.

44. La Comisión Europea ha desarrollado una política sistemática sobre importaciones o

exportaciones "paralelas". Considera, entre otras cosas, que a pesar de los acuerdos de distribución exclusiva vigentes (que podrían aceptarse por cuestiones de racionalización), el comercio paralelo siempre debe ser autorizado porque constituye la única garantía contra la fragmentación del mercado de los Estados miembros y la aplicación de políticas discriminatorias en materia de precios. Las cláusulas de exención de acuerdos exclusivos, que figuran en el Reglamento N° 1983/83 de la Comisión, prohíben expresamente todas las restricciones a las importaciones paralelas e incluyen también una disposición en la que se

estipula que todo agente exclusivo es responsable de las pérdidas imputables a un cliente fuera de su territorio<sup>71</sup>.

g) La negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia.

45. En la producción y venta de bienes y servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y en circunstancias normales se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, bien creando un "coto cerrado"<sup>72</sup>. Sin embargo, conforme a la resolución dictada en los Estados Unidos, intereses profesionales válidos pueden justificar la exclusión de las asociaciones profesionales de determinados individuos<sup>73</sup>.

46. La denegación colectiva a que se participe en un acuerdo también puede consistir en la negativa a que se acceda a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado<sup>74</sup>.

## II. Autorización o exención

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y se realicen por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas o declaradas exentas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redundará en un beneficio público neto.

47. El párrafo II del artículo 3 propuesto versa sobre la autorización, que es la manera de conferir a los organismos nacionales facultades discrecionales para evaluar los intereses nacionales al examinar los efectos de ciertas prácticas en el comercio o el desarrollo económico. Por consiguiente, las empresas que tuvieran el propósito de concertar acuerdos o convenios restrictivos del género de los comprendidos en el párrafo I tendrían que notificar al organismo nacional todos los hechos pertinentes del convenio a fin de obtener una autorización de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 6. Adviértase que la política por la que los organismos encargados de la competencia pueden autorizar a las empresas a realizar determinadas operaciones cuando estimen que esas prácticas producen un "beneficio público neto" está en contradicción con la política de que los organismos autoricen las prácticas que "no producen daño a la comunidad". La necesidad de demostrar que una práctica "redunda en un beneficio público neto" puede hacer recaer injustificadamente la carga de la

prueba en las empresas y dar lugar a la prohibición de prácticas procompetitivas<sup>75</sup>. Sea cual fuere el enfoque adoptado en una legislación determinada (producir un "beneficio público neto" o "no producir daño a la comunidad"), los procedimientos de autorización deben caracterizarse por la transparencia.

48. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea dispone que serán "incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". No obstante, esa prohibición no es absoluta puesto que el párrafo 3 de ese mismo artículo 81 establece que las disposiciones del párrafo 1 podrán ser declaradas inaplicables cuando tales acuerdos o decisiones "contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante", y sin que:

a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

49. Sin embargo, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se resisten, en general, a autorizar unos acuerdos que caen dentro de las categorías mencionadas en el párrafo 1 del artículo 81 del Tratado de Roma. Esto se aplica especialmente al reparto del mercado y a la fijación de precios<sup>76</sup>.

50. La mayoría de las legislaciones, como las de Alemania, Italia y Venezuela, para citar algunos ejemplos, establecen la posibilidad de autorizar, en determinados supuestos y durante cierto plazo, los cárteles de crisis (denominados cárteles de depresión en España y el Japón) y los cárteles de racionalización<sup>77</sup>. Con todo, existen ciertas excepciones, ya que si bien la ley no permite otorgar a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de las actividades económicas, ya sean extractivas, industriales, comerciales o de servicios, dispone que sólo por ley podrá reservarse a determinadas instituciones el monopolio de dichas

actividades. La otra excepción es en razón del "interés nacional", es decir, permite la celebración o el mantenimiento de actos o contratos a los que se ha hecho antes referencia, siempre y cuando cuenten con un Decreto Supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva (Tribunal de la Competencia), cumplan con los supuestos que sean necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales y se trate de actos o contratos en que sea parte alguna de las instituciones señaladas en el inciso 2) del artículo 4. Así, la legislación colombiana enumera los acuerdos de investigación y desarrollo, el cumplimiento de las leyes sobre normas y medidas y los procedimientos, métodos y sistemas de utilización de servicios comunes<sup>78</sup>. En Italia, el organismo que se ocupa de la competencia podrá autorizar por un período limitado acuerdos o categorías de acuerdos que restringen la libertad de competencia pero que tienen por efecto mejorar las condiciones de la oferta en el mercado con beneficios sustanciales para los consumidores. Esas mejoras se determinarán teniendo también en cuenta la necesidad de garantizar a las empresas el necesario nivel de competitividad internacional y guardará relación en particular con incrementos de producción, con mejoras en la calidad o la distribución o con progresos tecnológicos. La legislación húngara exceptúa los acuerdos que contribuyen a una organización más razonable de la producción o distribución, promueven el progreso técnico o económico, mejoran la competencia o protegen el medio ambiente, siempre que permitan a los consumidores participar equitativamente en los beneficios que resulten, no excedan de la medida necesaria para alcanzar unos objetivos comunes justificados económicamente y no posibiliten excluir a la competencia de una parte sustancial de los productos de que se trate<sup>79</sup>. La Ley de la India de 2002 sobre la competencia autoriza al Gobierno central a exonerar, mediante notificación, de la aplicación de la ley o de cualquiera de sus disposiciones, y durante el período que se especifique en esa notificación, a cualquier clase de empresas, en aras de la seguridad del Estado o del interés público; a toda práctica o acuerdo derivado de cualquier obligación asumida por la India en virtud de un tratado o de conformidad con éste, o de un acuerdo o convención con cualquier otro país o países; y a toda empresa que ejerza una función soberana en nombre del Gobierno central o de los Gobiernos de los Estados, pero el Gobierno central podrá otorgar la exención sólo respecto de la actividad relacionada con esas funciones soberanas (sección 54 de la ley). La Ley de Lituania excluye los acuerdos que promuevan la inversión, el progreso

técnico o económico o mejoren la distribución de bienes, permitiendo así a todos los consumidores obtener beneficios adicionales y también cuando el acuerdo no imponga restricciones a la actividad de las partes que no sean indispensables para el logro de los objetivos referidos y el acuerdo no les confiera la posibilidad de restringir la competencia en una parte sustancial del mercado pertinente<sup>80</sup>.

En la Federación de Rusia, estos acuerdos son legales si se demuestra que los efectos positivos de las medidas que entrañan, en particular en la esfera socioeconómica, superarán a los efectos negativos para los artículos de que se trate<sup>81</sup>. La Ley de Eslovaquia contiene disposiciones que autorizan exenciones automáticas de la prohibición de acuerdos restrictivos. En este país, si los acuerdos o convenios restrictivos cumplen los criterios especificados en la ley, no pueden prohibirse. La ley no exige la notificación de los acuerdos. Sin embargo, la Oficina Antimonopolio puede pedir a las empresas que prueben que sus acuerdos de restricción de la competencia se ajustan a los criterios establecidos por la ley. Mediante la reforma de la Ley de protección de la competencia (Ley N° 204/2004 Coll.), que se ajusta al Reglamento N° 1/2003 de las Comisión de la UE, se establece un nuevo sistema para valorar los acuerdos de restricción de la competencia, el cual se basa en una evaluación independiente realizada por las empresas a los efectos de determinar si cumplen los criterios del artículo, las condiciones relacionadas con la regla de *minimis* o las condiciones correspondientes a la exención en bloque de la categoría pertinente de acuerdos de restricción de la competencia. Se han suprimido el sistema de exenciones individuales y el sistema de autorizaciones negativas. Análogamente, en Turquía se ha suprimido la notificación obligatoria de los acuerdos, las prácticas concertadas o las decisiones relacionadas con el alcance del artículo 4 de la Ley de protección de la competencia. Ya no es necesario notificarlos para poder beneficiarse de las exenciones previstas en ese artículo; la Junta de Defensa de la Competencia puede tener en cuenta de oficio las condiciones de la exención si tiene conocimiento de la transacción y puede conceder exenciones durante un período concreto (no limitado a cinco años, como ocurría antes). En Austria, el sistema nacional de notificaciones de cárteles ha sido suprimido y se ha establecido un sistema de exenciones legales; en determinadas condiciones, los cárteles quedan exentos de la prohibición general de realizar prácticas restrictivas, en consonancia con el criterio del artículo 81 3) del Tratado de Roma. Sigue siendo

posible regular las exenciones en bloque, aunque son únicamente de carácter declarativo y sirven para aclarar lo que permite en cualquier caso la ley. Por otra parte, la normativa de Argelia<sup>82</sup>, que es de carácter preventivo y pedagógico, establece un nuevo procedimiento (los detalles se exponen en el Decreto-ley N° 05-175, de 12 de mayo del 2005), en cuya virtud las empresas pueden pedir a la Junta de Defensa de la Competencia que verifique si las prácticas o acuerdos que las empresas desean poner en práctica son compatibles con la legislación; la Junta puede emitir una "declaración negativa". De una manera menos oficial y más general, la Ley de defensa de la competencia de Noruega (art. 9) dispone que la autoridad encargada de regular la competencia proporcionará directrices a las empresas acerca de la interpretación de la ley y su aplicación en la práctica. Véanse el recuadro 6, en el que figuran ejemplos de acuerdos que pueden eludir las prohibiciones de la Ley sobre la competencia, y el recuadro 7, que contiene ejemplos de acuerdos que requieren una autorización singular para soslayar tal prohibición.

51. Por otra parte, determinados sectores de la economía como la banca, y servicios públicos,

verbigracia transportes y comunicaciones, abastecimiento de agua, gas, electricidad y combustible, pueden quedar exentos de la aplicación de la normativa legal, por estar regulados por otras leyes o reglamentos. En otras palabras, la exención se establece en una disposición al efecto. Esas excepciones sectoriales pueden regularse mediante una cláusula de exención que figure en el ámbito de aplicación. En los últimos años, sin embargo, la creciente tendencia a la "desregulación" ha llevado a muchos países a modificar su legislación para incluir sectores antes exentos en el ámbito de aplicación de la ley. En el Reino Unido, por ejemplo, incluso los servicios públicos están sujetos a la Ley sobre la libre competencia y son investigados regularmente. Esto ocurre también en la Comisión Europea, que desde hace 15 años incluye dentro de sus normas sobre la competencia las empresas de propiedad estatal y los monopolios públicos que tienen carácter comercial. Véase el recuadro 5 *supra*, en el que se describen las relaciones entre regulación y derecho de la competencia.

#### RECUADRO 6

##### Algunos acuerdos pueden eludir las prohibiciones de las leyes sobre la competencia

Esos acuerdos pueden ser autorizados expresamente mediante leyes o reglamentos de exención o mediante la aplicación del criterio sobre el carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*) por contribuir al desarrollo económico y a la eficiencia del mercado. En el ámbito de la Unión Europea, la mayoría de esos acuerdos contienen "exenciones por categorías".

- Los acuerdos de distribución exclusiva;
- Los acuerdos exclusivos de compra;
- Los acuerdos de concesión de licencias para el uso de patentes;
- Los acuerdos de distribución y servicio de automóviles;
- Los acuerdos de especialización;
- Los acuerdos de cooperación en investigación y desarrollo;
- Los acuerdos de franquicia;
- Los acuerdos de transferencia de tecnología;
- Ciertos tipos de acuerdo en el sector de los seguros.

*Fuente:* OCDE y Comisión Europea.

**RECUADRO 7**

**Acuerdos que requieren una autorización singular**

Algunos acuerdos deben examinarse con criterios relacionados con la estructura del mercado. En cuanto tales, requieren una autorización singular por decisión administrativa después de aplicar el criterio del carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*). Esos acuerdos son:

La mayoría de los tipos de acuerdos de empresa mixta no comprendidos en la exención en bloque de la investigación y el desarrollo y que no equivalen a una fusión;

Casi todas las licencias exclusivas de propiedad industrial no comprendidas en las exenciones en bloque de transferencia de tecnología;

Los acuerdos de reestructuración o "cárteles de crisis";

Los acuerdos por los que se crean establecimientos de venta o compra en común;

Los acuerdos de información;

Los acuerdos por los que se establece el reglamento de una asociación comercial;

Los acuerdos o decisiones para celebrar ferias comerciales.

52. Adviértase que la normativa de los países que adoptan el criterio de la ilegalidad intrínseca - como en general la de los Estados Unidos- no prevé ninguna posibilidad de exención o autorización y, por lo tanto, no cuenta con un sistema de notificación de las prácticas comerciales restrictivas de carácter horizontal. En cuanto al uso del criterio de ilegalidad intrínseca en los Estados Unidos, se limita a una pequeña categoría de prácticas comerciales restrictivas que se considerarán restricciones "desnudas" o a aquellas restricciones que no están relacionadas razonablemente con las operaciones comerciales de una empresa. Incluso los acuerdos sobre precios de carácter horizontal pueden considerarse "no desnudos" y someterse al criterio del carácter razonable o no de la restricción (*rule of reason*), si se basa en un aumento de la eficiencia o en un fomento de la competencia, por ejemplo, si la restricción es necesaria para garantizar la producción de un nuevo bien<sup>83</sup>. Sin embargo, aunque la ley estadounidense no faculta a los organismos encargados de la lucha contra los monopolios a que autoricen una conducta ilegal, son muchas las exenciones a la normativa antitrust creadas por ley o establecidas por los tribunales. En Armenia, se definen los acuerdos anticompetitivos como aquellos "contratos y acuerdos" celebrados entre organismos económicos o sus prácticas concertadas, que puedan restringir, evitar o impedir la competencia. En Chile, el Decreto-ley N° 211 establece de manera *ilustrativa* los actos y contratos que son contrarios a la libre competencia (véase el artículo 2). En la letra f) del mismo artículo se establece un concepto "abierto" al disponer que: "para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, entre otros, como

hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia: (...) en general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia". Dentro del mismo aspecto, la jurisprudencia de los organismos antimonopolio considera a la competencia desleal como conducta anticompetitiva. En la CE, los Acuerdos restrictivos de la competencia en el sentido del párrafo 1 del artículo 81 del Tratado de la CE son sólo automáticamente nulos si no quedan exentos por el párrafo 3 del mismo artículo. Únicamente quedan prohibidos aquellos acuerdos que restringen la competencia en el sentido del párrafo 1 y que no están exentos por el párrafo 3. Sin embargo, en aplicación del Reglamento N° 17, que se halla actualmente en vigor, la Comisión tiene la facultad exclusiva de decidir (previa notificación a ella del acuerdo) que se aplica la excepción de conformidad con el párrafo 3. Esto significa que, según el sistema vigente, un juez nacional que estime válido un acuerdo, que sea restrictivo de la competencia en el sentido del párrafo 1, no tiene otra opción que declararlo nulo, salvo que a) la Comisión haya concedido una exención de conformidad con el párrafo 3 o b) el acuerdo haya sido por lo menos notificado a la Comisión para su exención y ésta todavía no haya decidido al respecto (en este caso el juez nacional por lo general suspenderá sus actuaciones hasta que decida la Comisión). El nuevo Reglamento N° 1/2003, que entrará en vigor el 1° de mayo de 2004, suprime la facultad exclusiva de la Comisión de decidir sobre la exención de conformidad con el párrafo 3 de ese artículo 81. En cambio, esta disposición se vuelve directamente aplicable, de suerte que un juez nacional que investigue un acuerdo y llegue a la

conclusión de que restringe la competencia en el sentido del párrafo 1, podrá y estará obligado a ir más allá y a declarar si se cumplen o no las condiciones para que haya una exención en virtud del párrafo 3. A tenor de la conclusión a que llegue a este respecto declarará el acuerdo nulo o no en virtud del artículo 81<sup>84</sup>. En Túnez, "se prohíben las acciones concertadas o los acuerdos expresos o tácitos que se propongan impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado cuando tiendan a:

- 1) Obstar la fijación de precios por el libre juego de la oferta y la demanda;
- 2) Limitar el acceso al mercado de otras empresas o el libre ejercicio de la competencia;
- 3) Limitar o controlar la producción, las ventas, las inversiones o el progreso técnico;
- 4) Repartir los mercados o las fuentes de suministro".

Se prohíben también, salvo casos excepcionales autorizados por el Ministro de Comercio, previo informe del Consejo de la Competencia, los contratos de concesión y de representación comercial exclusiva. Se prohíbe asimismo el abuso de una posición dominante en el mercado nacional o en una parte sustancial del mismo, o de un estado de dependencia económica en el que se encuentre una empresa cliente o proveedora que no disponga de soluciones alternativas para la comercialización, el suministro o la prestación de un servicio. Tal abuso puede consistir en particular en la negativa a vender o comprar, en ventas o compras vinculadas, en precios mínimos de reventa impuestos, en condiciones de venta discriminatorias, así como en la ruptura de relaciones comerciales sin motivo válido o con el único argumento de que la contraparte se niega a someterse a condiciones comerciales injustificadas<sup>85</sup>. La Ley de defensa de la competencia de Argelia, además de prohibir las restricciones horizontales y verticales y los abusos de la posición dominante en términos similares a los de la legislación de la UE, prohíbe concretamente el abuso de la dependencia económica (art. 11), la constitución de monopolios mediante acuerdos de venta exclusiva (art. 10) y la fijación abusiva de precios (art. 12). No obstante, se prevén exenciones cuando las prácticas o acuerdos restrictivos dimanen de la legislación.

En Ucrania, se considerarán acciones concertadas los acuerdos de cualquier tipo de entidades económicas que tomen sus decisiones por medio de asociaciones y tengan otros comportamientos anticompetitivos concertados (por acción u omisión). También se considerará práctica concertada crear una entidad económica que tenga por objeto coordinar el comportamiento en materia de competencia de empresas o entre éstas y la recién creada entidad económica. En Zambia, los acuerdos o convenios restrictivos (a los que se refiere la ley como prácticas comerciales anticompetitivas) se enumeran en las secciones 7, 8, 9 y 10. Sin embargo, tales conductas se describen con carácter general en el párrafo 1 de la sección 7, que establece que se declararán prácticas comerciales anticompetitivas y por tanto quedan prohibidas cualquier clase de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan por objeto evitar, restringir o distorsionar la competencia de forma apreciable en todo el país o en buena parte de él. Además, la ley de Zambia (sec. 9) considera delito que las empresas que funcionan en el mercado desempeñando actividades rivales o potencialmente rivales concierten entre sí acuerdos (en toda regla o informales, escritos o no) que limiten el acceso a los mercados o de otra forma restrinjan indebidamente la competencia. Sin embargo, esta norma no se aplica cuando las empresas están bajo control común y por consiguiente no actúan independientemente unas de otras. En Estonia, se podrá conceder permiso si el acuerdo por lo general prohibido, la práctica concertada o la decisión de una asociación de empresas:

- 1) Contribuye a mejorar la producción o distribución de los bienes (o servicios) o fomentar el progreso técnico o económico o proteger el medio ambiente, siempre que permita a los consumidores participar de forma adecuada en sus ventajas;
- 2) No imponga a las empresas que celebren el acuerdo, adopten prácticas concertadas o aprueben la decisión restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos que se especifican en el párrafo anterior;
- 3) No brinde a las empresas que participan en el acuerdo, adoptan las prácticas concertadas o aprueban la decisión la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado pertinente (artículo 6 de la Ley de la competencia)

Estonia ha aceptado las mismas exenciones en bloque que existen en la UE.

En la UE, desde 2000, se aplica una nueva exención general en bloque a todos los acuerdos de suministro y distribución. Este reglamento, por un lado, exige hasta una cuota de mercado del 30% a aquellos acuerdos que puedan considerarse que fomentan la eficiencia. Por otra parte, se excluyen de la exención varias restricciones básicas, en particular para garantizar la libertad de los distribuidores a establecer sus propios precios, para asegurar que puede haber un comercio paralelo y para que los consumidores finales puedan adquirir los productos donde ellos quieran.

Dentro de la UE alguna de estas prácticas se hallan sometidas a "reglamentos de exención en bloque" (no "exenciones por categorías"). De especial importancia es el Reglamento de la Comisión (CE) N° 2790/1999 de 22 de diciembre de 1999<sup>86</sup>. En Sudáfrica, la sección 10 3) b) de la Ley sobre la competencia de 1998 prevé por motivos de interés público que se pueda conceder una exención, pero la limita a cuatro casos. En Túnez, no se considerarán anticompetitivos los acuerdos y prácticas cuyos autores justifiquen que tienen por efecto un progreso técnico o económico y procuran a los usuarios una parte equitativa de las ventajas que resulten. Estas prácticas se someten a la autorización del Ministro de Comercio, previo informe del Consejo de la Competencia. En Ucrania, la Ley sobre protección de la competencia contiene una excepción que se refiere específicamente a las pequeñas y medianas empresas: "Las disposiciones del artículo 6 de la presente ley no se aplicarán a las acciones concertadas voluntariamente por pequeños y medianos empresarios en forma de compras conjuntas de productos que no tengan como resultado una restricción de la competencia y faciliten que aumente la competitividad de tales empresarios" (art. 7). Además, el artículo 10 establece que: "las acciones concertadas previstas en el artículo 6 de la presente ley podrán ser autorizadas por los organismos pertinentes del Comité Antimonopolio de Ucrania si sus participantes prueban que las acciones concertadas facilitan:

- 1) La mejora de la producción, la compra o la venta de un producto;
- 2) El proceso técnico, tecnológico y económico;

- 3) El desarrollo de empresarios pequeños o medianos;
- 4) La optimización de las exportaciones o importaciones de productos;
- 5) La elaboración y aplicación de condiciones técnicas uniformes; o
- 6) La normalización de productos; la racionalización de la producción".

En Zambia, la ley reconoce que algunos objetivos de la sociedad no siempre se pueden cumplir si funcionan mercados competitivos. El procedimiento (autorización y notificación) prevé la aprobación de conductas con ventajas públicas demostrables que compensen de todo daño anticompetitivo.

## CAPÍTULO IV

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

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

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

- i) Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios;
- ii) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

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

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

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

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

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

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

- i) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
- ii) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la aceptación de restricciones en la distribución o fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) La imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, la forma o las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;
- iv) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de un tercero designado por él.

### III. Autorización o exención

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

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO IV Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

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

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

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

- i) Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios;
- ii) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

53. Los elementos de este artículo se basan en el párrafo 4 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas y, al igual que en el párrafo I, se ha adoptado el criterio de una prohibición de carácter general cuando se dan las condiciones enumeradas en los incisos i) y ii). Tal situación exigirá un examen caso por caso para determinar si los actos o conductas de una empresa implican abuso de una posición dominante en el mercado. Véase el recuadro 8, en el que se exponen los motivos de la prohibición del abuso de una posición de dominio en el mercado.

**RECUADRO 8**

**Abuso de posición dominante y abuso de poder de mercado**

El concepto de abuso de una posición de dominio en el mercado se refiere a las prácticas comerciales contrarias a la competencia en que puede incurrir una empresa dominante para mantener o ampliar su situación en el mercado. La prohibición del abuso de posición dominante se ha incorporado a la legislación sobre la competencia de países como Alemania, el Canadá, España (desde 1989), Francia, Italia y la República Checa. En el derecho europeo de la competencia, el artículo 82 del Tratado de la CE se aplica no sólo a abusos que comete una empresa para mantener o aumentar su posición de dominio en el mercado, es decir, los abusos de exclusión, sino también a ciertos tipos de abusos de explotación como la fijación de precios excesivos.

Dicho concepto comprende dos elementos: la cuestión del dominio y la capacidad de ejercer poder de mercado.

- Una empresa goza de una posición dominante cuando representa una parte importante del mercado pertinente y le corresponde una cuota de mercado considerablemente superior a la de su mayor competidor. Una empresa con una cuota de mercado del 40% o más suele ser una empresa dominante que, cuando posee la capacidad de fijar independientemente los precios y de abusar de su poder de mercado, puede suscitar inquietudes en lo que atañe a la libre competencia. No obstante, hay que tener en cuenta que una posición de dominio no es por sí contraria a la competencia.
- El poder de mercado consiste en la capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas actuando conjuntamente) de aumentar y mantener lucrativamente los precios por encima del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. El ejercicio o abuso del poder de mercado, denominado asimismo poder de monopolio, se traduce en una disminución de la producción y una pérdida de bienestar económico. Además de unos precios superiores a los precios de competencia, el ejercicio del poder de mercado puede manifestarse en menor calidad del servicio o de innovación en los mercados pertinentes.

Entre los factores que contribuyen a crear poder de mercado figuran un alto grado de concentración del mercado, la existencia de barreras a la entrada y la falta de sucedáneos de un producto suministrado por empresas cuya conducta está siendo examinada por los organismos de defensa de la competencia. El abuso de una posición dominante en el mercado puede variar mucho de un sector a otro. Constituyen abuso, en particular, la imposición de precios irrazonables o excesivos, la discriminación basada en el precio, la fijación abusiva de precios (precios antieconómicos), la negativa a tratar o vender, las ventas condicionadas o subordinadas a adquirir otros bienes, el acaparamiento de instalaciones, etc.

54. El concepto de dominio y su utilización en la práctica pueden no ser necesariamente los mismos en los casos de fusión que en los de abuso. A decir verdad, el control de la fusión se basa en un análisis prospectivo mientras que los casos de abuso se investigan a tenor de las conductas pasadas de una empresa<sup>87</sup>. Por posición dominante en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o por varias empresas que actúen conjuntamente o constituyan una entidad económica, o dicho de otro modo, que actúan independientemente de otros operadores de ese mercado. Tal control puede cuantificarse con las cuotas de mercado, la cifra anual total de negocios, la cuantía de los activos, el número de empleados, etc.; también debería centrarse en la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima (o para hacerlos disminuir por debajo) del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. En algunos países, la ley especifica la cuota de mercado que debe corresponder a una o

varias empresas para que pueda considerarse que existe una posición de dominio o situación monopolística y, según el país, se utiliza, bien como obstáculo legal que impide realizar investigaciones, bien como cuota de mercado crítica cuando las empresas tienen que hacer una notificación a la autoridad. La Ley sobre la competencia de la India de 2002 define la "posición dominante" como una posición de fuerza de que goza una empresa en el mercado pertinente del país que le permite: i) Operar de forma independiente de las fuerzas competitivas que existan en ese mercado; o ii) influir en sus competidores o consumidores o en el mercado pertinente en su favor. La Comisión de la Competencia de la India, al investigar si una empresa goza de posición dominante o no, tiene en cuenta todos o algunos de esos factores. En Polonia, la ley presume que una empresa "tiene una posición dominante cuando su cuota de mercado excede del 40%"<sup>88</sup>. La presunción en la Ley de la República Checa de 1991 es del 40%, al

igual que en Portugal. En la República Checa, siempre que los demás indicadores que se mencionan en la ley no indiquen lo contrario, se considera que no tiene una posición dominante en el mercado el competidor o competidores con dominio conjunto que no hayan logrado una cuota de mercado del 40% en un período determinado<sup>89</sup>. Las legislaciones de Mongolia y Ucrania consideran que existe una posición dominante cuando una sola entidad que actúe por su cuenta o un grupo de entidades económicas que actúen conjuntamente representen de manera constante más del 50% del mercado de ciertos bienes, incluidos productos similares, de determinados trabajos o de servicios concretos<sup>90</sup>.

Según la Ley del Canadá, el dominio conjunto puede probarse de forma indirecta. La palabra "*together*" (conjuntamente) que figura en el capítulo IV i) sugiere una idea de complicidad de carácter penal, lo que supone reforzar la carga de la prueba. Se trata de un artículo que va más allá de las exigencias actuales del campo de aplicación de la ley.

En ese país, la sección 4 no incorpora esas exigencias en cuanto a los efectos. Los términos "*unduly restrain competition*" (restringir indebidamente la competencia) se utilizan para las infracciones penales y "*adverse effect*" (efecto adverso) para la negativa a vender. En cuanto al abuso de posición dominante, la prueba aquí es más exigente: en realidad hay que demostrar que la práctica tiene, ha tenido o tendrá probablemente el efecto de impedir o disminuir apreciablemente la competencia cuando se trata de ventas vinculadas.

La sección 4 incluye en el abuso de dominio algunas prácticas comerciales restrictivas tales como la negativa a comerciar, las ventas en exclusiva, las restricciones de mercado y las ventas vinculadas. Aun cuando esas prácticas se pueden investigar de conformidad con las disposiciones sobre abuso de dominio de la Ley canadiense de defensa de la competencia (sec. 79), tales prácticas restrictivas se incorporaron a disposiciones civiles específicas que exigen que se cumplan diferentes requisitos sustantivos que se podrán examinar en virtud de tales disposiciones aún cuando no se cumplan las condiciones de la competencia establecidas en la ley (sec. 79). A este respecto, la prueba del abuso de dominio exige que la conducta comercial haya tenido, tenga o es probable que tenga el efecto de impedir o disminuir sustancialmente la competencia, mientras que cuando se trata de la negativa a

comerciar hay que aportar la prueba de que una persona se ve muy afectada o impedida para llevar a cabo un negocio por su incapacidad para obtener los suministros adecuados de un producto, está dispuesta a satisfacer las condiciones comerciales usuales del suministrador, el producto tiene un amplio suministro y la negativa tiene o es probable que tenga un efecto adverso sobre la competencia.

55. Asimismo, la sección 79 de la Ley canadiense sobre la competencia prevé la situación en la que una empresa no tuviera el control de un mercado y por consiguiente no se la pudiese culpar de abuso de dominio y, sin embargo, adopta una práctica restrictiva que ha de ser examinada. Además, cuando se trata de ventas vinculadas o en exclusiva, se tendrá que probar que la práctica se ha seguido por un suministrador importante o está muy difundida en un mercado y es probable que impida la entrada o la expansión de una empresa o las ventas de un producto en el mercado, o tiene cualquier otro efecto de exclusión, con la consecuencia de que la competencia disminuya o es probable que vaya a disminuir sensiblemente<sup>91</sup>.

56. De conformidad con la Ley de Lituania, una cuota de mercado del 40% supone una presunción de dominio; además, la nueva ley presume también el dominio conjunto cuando las tres principales empresas de un mercado tienen una cuota de mercado colectiva del 70%. En el caso de la Federación de Rusia<sup>92</sup>, la ley fija el 65%. En Alemania, la legislación establece varias presunciones: cuando una empresa tenga al menos una cuota de un tercio del mercado de determinado tipo de bienes o servicios comerciales y un volumen de ventas de al menos 250 millones de marcos alemanes en el último ejercicio económico; cuando un máximo de tres empresas tengan en conjunto una cuota de al menos el 50% del mercado nacional; cuando un máximo de cinco empresas tengan en conjunto una cuota de al menos dos tercios del mercado. Esta presunción no se aplica a las empresas que hubieran registrado un volumen de ventas de menos de 100 millones de marcos alemanes en el último ejercicio económico<sup>93</sup>. En la sentencia sobre el asunto "*Akzo*", el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó que la posesión de una parte muy importante (del mercado) constituye por sí misma, salvo circunstancias extraordinarias, la única prueba de la existencia de una posición dominante<sup>94</sup>. En Estonia, una empresa con posición dominante es aquella que representa al menos el 40% del volumen de negocios en el mercado pertinente o cuya posición le permite operar en el mercado en gran medida

con independencia de los competidores, los suministradores y los compradores. También se consideran empresas con posición dominante las que tienen derechos especiales o de exclusiva o que controlan productos esenciales.

57. En Zambia, a tenor de la sección 7 2) de la ley, se considera abuso de posición dominante los actos o conductas que limitan el acceso a los mercados o que restringen de cualquier otro modo de forma indebida la competencia, o que tienen o es probable que tengan efectos adversos sobre el comercio o la economía en general. Casi siempre se estima que una empresa es dominante si tiene un poder de mercado que le permite actuar con independencia de presiones competitivas (por ejemplo en sus estrategias de precios y distribución). Un factor importante pero no concluyente para determinar el dominio es la cuota de mercado que tiene la empresa. No es probable que sea dominante si esa cuota es inferior al 40%, aun cuando esa norma dependerá en gran medida de las circunstancias del caso. Elemento primordial de la ley es el abuso de la posición de dominio. Para que se aplique la norma, una o más personas deberán controlar sustancialmente un determinado tipo de negocios en Zambia o una parte sustancial de ellos, y tendrán que estar o haber estado involucradas en prácticas anticompetitivas que impidan o disminuyan sensiblemente la competencia.

58. En la legislación de Zambia, los actos o conductas abusivos se indican en la sección 7 2) de la ley y son los que tienen el efecto probable de limitar el acceso a los mercados (obstáculos a la entrada) o de restringir indebidamente de otra forma la competencia, o tienen o es probable que tengan consecuencias adversas para el comercio o la economía en general. La ley enumera los precios abusivos, los precios discriminatorios, las ventas en exclusiva, las ventas vinculadas, las restricciones territoriales, las adquisiciones anticompetitivas de cualquier tipo y la colusión en los precios con miras a suprimir la competencia. Todos estos actos se hallan prohibidos en principio pero pueden ser autorizados de acuerdo con un procedimiento de autorización y notificación.

59. La legislación de Zambia prevé que se autoricen y notifiquen actos que, no obstante ser anticompetitivos, tienen ventajas públicas razonables que compensan del daño a la competencia. Se excluyen los asuntos que afectan a los consumidores. Corresponde a los solicitantes probar las ventajas previstas. Antes de decidir, la

Comisión consulta a las partes interesadas de la industria de que se trate y a otros accionistas<sup>95</sup>.

60. Sin embargo, los criterios específicos para definir el dominio del mercado pueden ser difíciles de establecer. En los Estados Unidos, por ejemplo, el poder monopolístico no está precisado en las leyes pero los tribunales lo han definido tradicionalmente como "el poder de controlar los precios del mercado o excluir la competencia". (United States contra E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956)). La cuota de mercado no es el único factor considerado al determinar si existe un poder monopolístico. Otros factores, como la ausencia de barreras a la entrada, pueden indicar que una empresa no tiene tal poder incluso si ocupa una buena parte del mercado pertinente. En la sentencia sobre el asunto Michelin, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estimó que, en virtud del artículo 82 del Tratado de la CEE, una posición dominante es una situación de poder económico que otorga a la empresa la facultad de entorpecer una competencia efectiva en el mercado de que se trate y le permite tener un comportamiento independiente de sus competidores y clientes y, en última instancia, de los consumidores<sup>96</sup>. Además de la cuota de mercado, las ventajas estructurales que posean ciertas empresas pueden tener una importancia decisiva. En el asunto de la United Brands, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo en cuenta el hecho de que la empresa poseía un alto grado de integración vertical, que su política publicitaria giraba en torno a una marca concreta ("Chiquita"), garantizándole una clientela fiel, y que controlaba cada escalón del proceso de distribución, hechos que en su conjunto conferían a la United Brands una ventaja considerable sobre sus competidores<sup>97</sup>. Por consiguiente, el dominio puede derivarse de una combinación de varios factores que tomados por separado no serían necesariamente determinantes.

61. El dominio del mercado no sólo se refiere a la posición de una empresa sino también a la situación en que son varias las que actuando conjuntamente podrían ejercer un control. Esto remite claramente a los mercados en los que existe una gran concentración, como en los casos de oligopolio que permiten a dos o más empresas controlar una cuota importante de mercado, con lo que crean y aprovechan unas condiciones en las que pueden dominar el mercado o realizar operaciones de una manera muy similar a la de un monopolista. La Comisión Europea y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades

Europeas adoptaron el mismo criterio en la sentencia sobre el asunto "Vetro Piano in Italia"<sup>98</sup>, que pronto fue seguido del asunto de la fusión Nestlé-Perrier<sup>99</sup>. En consecuencia, el efecto acumulativo del uso de una práctica determinada, como los acuerdos de ventas condicionadas o vinculadas, pueden muy bien dar lugar al abuso de una posición de dominio. En el Reino Unido, las disposiciones sobre "monopolio complejo" no quedan limitadas necesariamente a las situaciones de oligopolio<sup>100</sup>. En España, en la Ley de defensa de la competencia no se prohíben las posiciones dominantes, sino la utilización abusiva por una o más empresas de una posición dominante en todo el mercado nacional o en parte de éste. Se incluye una lista indicativa de lo que se considera una conducta abusiva cuando ésta produce efectos restrictivos y es llevada a cabo por empresas dominantes.

62. Abuso o adquisición y abuso de una posición de dominio son dos conceptos estrechamente relacionados entre sí, ya que se refieren al abuso de una posición dominante en el mercado y a la adquisición y abuso de esa posición. Véase el comentario al artículo 5.

63. En los apartados a) a f) de la sección II que figuran a continuación, se indican las conductas que cuando una empresa goza de una posición de dominio se consideran *prima facie* abusivas. La investigación, como tal, consiste en examinar el comportamiento de la empresa o las empresas que dominan el mercado y no en oponerse a su dominio. Se impugna, en cambio, el mantenimiento y ejercicio de ese poder por medio de un comportamiento abusivo.

64. Hay que señalar que la jurisprudencia de los Estados Unidos ha evolucionado generalmente hacia una evaluación más favorable de las restricciones verticales, por causa sobre todo de que pueden estimular la competencia entre marcas<sup>101</sup>. Véase el recuadro 5 *supra*, que se refiere al régimen de las restricciones verticales en el derecho de la competencia.

## II. Actos o conductas considerados abusivos

65. Normalmente, las leyes sobre la competencia proporcionan sólo algunos ejemplos de conductas que se consideran abusivas y quedan prohibidas. Esas conductas comprenden, en particular, toda una serie de estrategias empresariales dirigidas a erigir barreras a la entrada en un mercado. Tales barreras

son factores que impiden la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, o las disuaden de hacerlo, aun cuando las empresas ya instaladas estén obteniendo beneficios extraordinarios. Véase el recuadro 9, que contiene una descripción de las barreras a la entrada.

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

66. Una de las formas más corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse fijación abusiva de precios. Las empresas observan tal conducta para eliminar a las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto más diversificadas estén las actividades de la empresa en términos de productos y mercados y más recursos financieros tenga, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva. Un ejemplo de normativa sobre fijación abusiva de precios es la Ley de represión de la competencia desleal, de la República Popular de China, en la que se establece que nadie, ya sea una empresa o un particular, podrá vender sus mercancías a un precio inferior al costo con el fin de excluir del mercado a sus competidores<sup>102</sup>. La legislación de Mongolia prohíbe también que una empresa venda sus productos a un precio inferior al costo con intención de impedir la entrada de otras entidades económicas en el mercado o de excluirlas de él<sup>103</sup>. Hungría sigue un criterio similar: prohíbe fijar precios excesivamente bajos que no se basen en una mayor eficiencia en comparación con los competidores o que puedan excluir a éstos de los mercados pertinentes o impedir su entrada en ellos<sup>104</sup>. En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha sostenido que han de estar presentes dos elementos para que haya fijación abusiva de precios. En primer lugar, los precios reclamados han de ser "inferiores en una cuantía apropiada al costo", y en segundo término, el competidor que establece unos precios bajos ha de tener una "probabilidad peligrosa" de recuperar su inversión mediante unos precios por debajo del costo. (*Brooke Group Ltd. contra Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). Véase también *Cargill Inc. contra Monfort of Colo., Inc.*, 479 U.S. 104. 117 (1986)). El Tribunal Supremo de ese país ha manifestado que es importante distinguir entre un recorte de precios procompetitivo y una fijación abusiva anticompetitiva en razón de que "bajar los precios para vender más es frecuentemente la esencia misma de la competencia". (*Matsushita Elec. Indus. Co. contra Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594 (1986)).

**RECUADRO 9**

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

Las barreras a la entrada en un mercado se refieren a una serie de factores que impiden la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, o las disuaden de hacerlo, aun cuando las empresas ya instaladas estén obteniendo beneficios extraordinarios. Por lo general, esas barreras son estructurales (o económicas) y estratégicas (o de comportamiento).

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

*Las barreras estratégicas a la entrada* se refieren al comportamiento de las empresas ya instaladas. Éstas pueden, en particular, elevar las barreras estructurales a la entrada o amenazar con medidas de retorsión a los nuevos competidores si entran en el mercado. Sin embargo, esas amenazas deben ser creíbles, en el sentido de que las empresas establecidas han de tener interés en ponerlas en ejecución si la entrada se produce efectivamente. Las estrategias de disuasión a que recurren las empresas ya instaladas consisten a menudo en algún tipo de medidas de acaparamiento. Un ejemplo es el acaparamiento de medios productivos, que consiste en que una empresa instalada invierte en sobrecapacidad de producción para amenazar con una guerra de precios a las empresas que llegaran a entrar en el mercado. Otro es la creación artificial de nuevas marcas y nuevos productos para limitar las posibilidades de imitación. Esta posibilidad sigue siendo objeto de controversia. Por último, los poderes públicos también pueden crear barreras a la entrada en un sector mediante la concesión de licencias y otros tipos de reglamentación.

Las barreras a la entrada en un sector determinado de actividad pueden variar mucho con el nivel de madurez o de desarrollo del mercado. Se considera que en una economía que ha llegado a su madurez existen barreras a la entrada en determinados sectores, entre otros, los siguientes:

<i>Barreras a la entrada altas</i>	<i>Barreras a la entrada moderadamente altas</i>	<i>Barreras a la entrada bajas</i>
Generación y distribución de energía eléctrica	Panadería	Envasado de carne
Servicios locales de telefonía	Bebidas refrescantes	Harina
Diarios	Cigarrillos	Frutas y hortalizas en conserva
Jabones de marca	Publicaciones periódicas	Textiles de lana y algodón
Aeronaves y piezas de recambio	Productos de yeso	Prendas de vestir
Industria automovilística	Productos químicos orgánicos	Pequeños productos metálicos
Macrocomputadoras	Artículos de perfumería	Muebles de madera
Maquinaria eléctrica pesada	Refinado de petróleo	Contenedores corrugados
Locomotoras	Aluminio	Impresión
Cerveza	Maquinaria industrial pesada	Calzado
Cereales	Grandes aparatos electrodomésticos	Camionaje y transporte por carretera
	Transporte por ferrocarril	

*Fuente:* UNCTAD; y W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*, Englewood Cliffs, 1990.

67. El comportamiento abusivo no se limita a la fijación de precios. Otros medios, como la adquisición de un competidor con objeto de suspender sus actividades, puede considerarse comportamiento abusivo<sup>105</sup>. También la fijación de precios excesivos o la negativa de una empresa en una posición de dominio a suministrar un material indispensable para las actividades de producción de un cliente que pueda desarrollar actividades que lo conviertan en competidor. Véase el recuadro 10, donde figura una descripción de varios tipos de discriminación basada en el precio.

#### RECUADRO 10

##### Tipos de discriminación basada en el precio

La discriminación basada en el precio es un instrumento indispensable de que disponen las empresas para maximizar sus beneficios, cualquiera que sea su posición en el mercado, y para mejorar o defender esa posición contra otras empresas. Sin embargo, la discriminación también puede ser utilizada por empresas con poder de mercado para evitar la competencia mediante el aumento de las cuotas de mercado o la imposición de barreras a la entrada, o ambas cosas a la vez. Los organismos de defensa de la competencia deben examinar atentamente los casos de precios no equitativos. Hay varios tipos de discriminación basada en el precio, algunos de los cuales estimulan la competencia. Esas prácticas, de las que algunas guardan una relación estrecha con el comercio exterior y las relaciones económicas internacionales y otras son indicio de eficiencia económica, pueden clasificarse en tres categorías:

##### a) *Discriminación de personas*

- *Regatear siempre*: práctica comercial corriente en bazares y tratos particulares.
- *Evaluar su nivel de renta*: método de fijación de precios relacionado con el poder de compra del cliente, utilizado frecuentemente por médicos, abogados y demás miembros de las profesiones liberales.
- *Sopesar el uso*: aunque los costos marginales sean bajos, se cobra más a los grandes clientes (es sabido que algunos grandes fabricantes de fotocopiadoras, programas informáticos y ordenadores que gozan de una posición dominante han utilizado esa estrategia).

##### b) *Discriminación de grupos*

- *Aplastar al competidor*: rebajas abusivas de precios para eliminar un competidor. Se dice que han sido utilizadas corrientemente por American Tobacco y Standard Oil.
- *Deshacerse del excedente*: la venta a precios más bajos en los mercados extranjeros en que la demanda es más elástica. Práctica corriente en el caso de ciertos medicamentos, acero, aparatos de televisión y otros productos, pero las denuncias de dumping no suelen tener éxito.
- *Captar nuevos clientes*: práctica corriente de promoción de suscripciones a una revista, atrayendo nuevos clientes. A menudo fomenta la competencia cuando ninguna empresa domina el mercado.
- *Favorecer a los grandes*: los descuentos por volumen son más altos que las diferencias de costo. Muy frecuente en muchos mercados, especialmente en el caso de las empresas de servicios públicos.
- *Clasificar según la elasticidad*: práctica corriente en el sector de las empresas de servicios públicos.

##### c) *Discriminación de productos*

- *Pagar por la etiqueta*: la etiqueta más cotizada (o más famosa) obtiene un precio más alto, aunque el producto sea el mismo que el de una marca corriente.
- *Liquidar las existencias*: las "rebajas", que se utilizan corrientemente para liquidar las existencias pero que también pueden desestabilizar a clientes y competidores si son el resultado de una publicidad engañosa.
- *Distinguir entre horas punta y horas valle*: las diferencias de precio pueden ser superiores o inferiores a las diferencias de costo, entre las horas punta y las horas de poca actividad. De uso casi universal en las empresas de servicios públicos.

Para determinar el carácter favorable o desfavorable para la competencia de la discriminación, el organismo de defensa de la competencia evaluará la legalidad de la práctica con respecto a sus efectos económicos en los mercados pertinentes y a la posición de las empresas en esos mercados. En muchas jurisdicciones, las restricciones verticales están sujetas a la aplicación del criterio del carácter razonable (*rule of reason*), lo cual pone de manifiesto que tales restricciones no son siempre perjudiciales y que, en realidad, pueden ser beneficiosas en determinadas circunstancias o estructuras del mercado.

*Fuente*: F. Machlup, *The Political Economy of Monopoly*. Baltimore, 1952; W. Shepherd, *The Economics of Industrial Organization*. Englewood Cliffs, 1990.

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

68. La práctica de la fijación discriminatoria de los precios está estrechamente relacionada con la fijación abusiva de precios. La fijación de precios por debajo del costo frente a competidores directos puede ser abusiva, mientras que la fijación discriminatoria de precios también puede ser abusiva como, por ejemplo, en el caso de descuentos basados en las cantidades, de "sistemas de primas" o de "descuentos por fidelidad"<sup>106</sup>. En este supuesto, independientemente de los daños causados a los competidores directos, la fijación discriminatoria de precios puede perjudicar a los competidores del comprador favorecido<sup>107</sup>. A pesar de lo expuesto, conviene también señalar que en muchos casos los descuentos basados en la cantidad reflejan una disminución de los costos de transacción o tienen por finalidad hacer frente a la competencia y no deben desalentarse. Los daños causados a los competidores del comprador favorecido no deben por sí mismos preocupar a los organismos de defensa de la competencia, porque las leyes protegen a la competencia y no a los competidores.

69. En el Perú, aunque las leyes consideran que la fijación discriminatoria de precios es un ejemplo de comportamiento abusivo, también establecen que no constituirán abuso de posición de dominio los descuentos y primas que obedecen a prácticas comerciales normalmente admitidas, que se conceden en razón de circunstancias especiales, como son el pago anticipado, la cantidad, el volumen, etc., siempre que se hagan en condiciones similares a todos los consumidores<sup>108</sup>.

70. Otros tipos de discriminación basada en los precios serían, en particular, la fijación de un "precio de entrega", es decir, de un precio uniforme de venta independientemente del lugar de entrega (fueran cuales fuesen los costos de transporte del vendedor) y la fijación de un "precio de base", es decir, de un precio en función de un punto de venta designado (en el que el vendedor incluye los gastos de transporte desde ese punto independientemente del lugar desde donde se expida realmente y demás costos).

71. La prohibición de la discriminación comprende asimismo las modalidades y condiciones de la oferta o la compra de bienes o servicios. Por ejemplo, la concesión diferenciada de facilidades de crédito o de prestaciones accesorias en el suministro de bienes y servicios también puede ser discriminatoria. En la legislación australiana, la prohibición de la discriminación no se limita a las discriminaciones basadas en los precios sino que abarca también los créditos, otras prestaciones y el pago de los servicios suministrados en relación con los bienes<sup>109</sup>. También ha de señalarse que las diferencias en las condiciones y requisitos no deberán considerarse ilegales cuando correspondan a diferencias en los costos. Con carácter más general, impedir a las empresas que ofrezcan precios inferiores a algunos clientes bien puede tener por resultado desalentar a las empresas, que no harán rebajas de precios a nadie. Sin embargo, en Australia, la Ley de prácticas comerciales de 1974 se derogó en 1995 y conductas que quedaban prohibidas por el artículo 49 pueden ahora en cambio examinarse a la luz del artículo 45 si redundan en una merma sustancial de la competencia, o del artículo 46 si se traducen en un abuso del poder de mercado por parte de una empresa. En la Federación de Rusia, el artículo 5 de la ley prohíbe las conductas y acuerdos de las empresas que restringen la competencia.

72. La facturación por debajo de su valor real de bienes o servicios en las transacciones entre empresas participadas (un supuesto de fijación de precios de transferencia) puede utilizarse como medio predatorio contra competidores que no pueden obtener suministros a precios equivalentes.

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

73. La fijación de los precios de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele denominarse imposición de precios de reventa. Tal cosa está prohibida en muchos países, como por ejemplo la India, Nueva Zelandia, el Reino Unido y la República de Corea. En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha mantenido que un precio mínimo de reventa es intrínsecamente ilegal a tenor de la sección primera de la Ley Sherman, pero que debe haber un acuerdo efectivo que requiera del distribuidor que se adhiera a unos precios específicos. Véase *Business Elecs. Corp. contra Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988). Como mantener un

precio máximo de reventa puede conducir a precios bajos, el Tribunal Supremo ha fallado recientemente que ese mantenimiento no es intrínsecamente ilegal, 522 U.S.3 (1997). En Suecia, se ha preferido un enfoque económico en el mantenimiento de los precios de reventa. Establecer unos precios mínimos con un efecto apreciable sobre la competencia queda incluido en la prohibición de una cooperación anticompetitiva tal como figura en la Ley sueca sobre la competencia. Con todo, establecer unos precios máximos no está prohibido con carácter general<sup>110</sup>. En la Comunidad Europea, está prohibido normalmente fijar precios de reventa de las mercancías, si resulta afectada la competencia entre los Estados miembros.

74. Aunque la imposición de un precio de reventa está prohibida, la legislación de algunos Estados no proscribía los precios máximos de reventa, ni los precios recomendados (por ejemplo, en el Reino Unido y los Estados Unidos). En el Reino Unido, aunque los precios recomendados de reventa no están prohibidos, el Director General de Comercio Leal puede vedar el empleo engañoso de precios recomendados, por ejemplo cuando se recomiendan precios indebidamente altos para llamar la atención sobre reducciones de precios aparentemente importantes<sup>111</sup>. En el Canadá, la publicación por el proveedor de un producto de un anuncio que mencione un precio de reventa para ese producto se considera una tentativa de influir al alza en el precio de venta, a menos que quede bien sentado que el producto puede venderse a un precio más bajo<sup>112</sup>.

75. Conviene señalar que la imposición colectiva de precios de reventa quedaría comprendida, en el caso de que intervinieran empresas competidoras (por ejemplo, mayoristas), en el apartado a) del párrafo I del artículo 3, como una forma de acuerdo de fijación de precios.

76. Las negativas a tratar suelen ser la forma más usual de presión por inobservancia. Por ejemplo, para evitar esta situación la Comisión de las Comunidades Europeas impuso una multa a una sociedad de los Estados Unidos y a tres de sus filiales en Europa por haber impuesto una prohibición de exportación de su producto (pruebas del embarazo) a sus distribuidores en uno de los países europeos (Reino Unido), donde tales productos se vendían a precios considerablemente inferiores a los vigentes en otro país europeo (la entonces República Federal de Alemania)<sup>113</sup>. La legislación canadiense prohíbe expresamente la negativa a suministrar un producto a una persona o

grupo de personas en razón de su política de fijación de precios bajos.

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

77. El Conjunto prohíbe en el apartado e) del párrafo 4 de la sección D esta práctica por parte de una empresa que goce de una posición de dominio. El propietario de una marca de fábrica o de comercio puede adquirir un poder de mercado mediante una publicidad intensa y otros medios de comercialización. Si la marca de fábrica o de comercio de que se trata obtiene una amplia aceptación y distribución, el propietario de la marca estará en condiciones de imponer una amplia variedad de prácticas comerciales restrictivas a los distribuidores de los productos que lleven su marca. Las marcas se pueden emplear muchas veces para hacer cumplir acuerdos de exclusividad, excluir importaciones, repartir mercados y a veces cobrar precios excesivos. Debe señalarse, sin embargo, que existen varias razones válidas para una posible limitación por las sociedades de sus productos comerciales, como son el mantenimiento de la calidad y la prevención de falsificaciones. La finalidad de estas medidas es proteger tanto los derechos de propiedad intelectual legítimos como a los consumidores.

78. En lo que concierne a la restricción de la importación de mercancías, el propietario de una marca puede tratar de impedir que se importe el producto de marca, que lo importe otra persona distinta de su distribuidor exclusivo (importaciones paralelas), que productos similares que lleven su marca se importen en competencia con sus propios productos y que se empleen marcas diferentes para el mismo producto en distintos países, a fin de impedir así las importaciones recíprocas.

79. En el Japón, por ejemplo, la Comisión de Comercio Leal ha adoptado medidas para evitar que se impidan deslealmente las importaciones paralelas de vajillas de porcelana de marca, pianos, helados o automóviles.

80. En cuanto a las restricciones de las importaciones de productos similares que ostenten legítimamente una marca idéntica o similar se puede citar el ejemplo del asunto Cinzano en la entonces República Federal de Alemania. En ese asunto, el Tribunal Supremo Federal falló que el propietario de una marca, cuando haya autorizado a sus filiales o concesionarios independientes en diferentes países a que utilicen su marca y vendan los productos en que aquélla figure, no podrá prohibir la importación de los productos vendidos en el mercado extranjero por sus filiales o concesionarios extranjeros, independientemente de si la calidad de los productos difiere de la de los productos del propietario de la marca en el mercado interior<sup>114</sup>.

81. Como se ha señalado anteriormente, una marca registrada en dos o más países puede tener la misma procedencia. En el caso de los productos de marca exportados a otros países pero no fabricados en ellos, la licencia de uso de la marca suele concederse a un distribuidor exclusivo. Por ejemplo, la Compañía Watts Ltd. del Reino Unido, productora de artículos para conservación de discos, y su distribuidora y concesionaria exclusiva de la marca en los Países Bajos, la Compañía Theal B. V. (que luego tomó el nombre de Tepea B. V.), fueron multadas por la Comisión de las Comunidades Europeas por emplear su marca para impedir importaciones paralelas en los Países Bajos. La Comisión decidió que los acuerdos de distribución exclusiva tenían por objeto garantizar a Theal una protección territorial absoluta al excluir todas las importaciones paralelas de productos auténticos y que esa protección se reforzaba mediante la prohibición de exportar impuesta por Watts a los mayoristas del Reino Unido. El sistema, considerado en su conjunto, daba a la Compañía Theal plena libertad en los Países Bajos para fijar los precios de los productos importados<sup>115</sup>.

82. Hay un cuarto tipo de caso que consiste en emplear dos marcas diferentes para el mismo producto en países distintos a fin de lograr la división del mercado. En una acción judicial ejercitada por Centrafarm B. V. contra American Home Products Corporation (AHP), Centrafarm alegó que, como importador paralelo, tenía derecho a vender sin autorización en los Países Bajos con el nombre comercial "Seresta" las tabletas de oxazepam procedentes de la Compañía American Home Products Corporation y ofrecidas a la venta en el Reino Unido con el nombre de "Serenid D", puesto que los medicamentos eran idénticos. En este caso el

Tribunal falló que el ejercicio de tal derecho podía constituir una restricción disfrazada del comercio en la CEE si se demostraba que la práctica de utilizar marcas diferentes para el mismo producto, o de impedir el uso de una marca en mercancías reenvasadas, se había adoptado para conseguir la división de los mercados y mantener unos precios artificialmente elevados<sup>116</sup>.

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

- i) La negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
- ii) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la aceptación de restricciones en la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) La imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, la forma o las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;
- iv) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por él.

83. Se ha previsto que las conductas enumeradas en los incisos i) a iv), aunque sometidas a una cláusula general de prohibición, podrán ser autorizadas cuando tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos tales como la seguridad, la calidad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio, con tal de que no sean incompatibles con el objetivo de la ley. Las autoridades establecen normas para garantizar unos niveles de sanidad, seguridad y calidad adecuados. No obstante, cuando las empresas invocan tales normas para justificar la aplicación de prácticas excluyentes, especialmente si gozan de una posición dominante, hacen concebir sospechas acerca del fin de tales prácticas, es decir, acerca de si la intención es o no monopolística. Resulta aún más sospechoso cuando las empresas establecen normas por su propia voluntad e invocan razones de calidad para justificar el recurso a prácticas tales como las negativas a tratar, las ventas condicionadas y los acomodos de distribución selectiva. Los acuerdos sobre normas concertados entre competidores que restrinjan el acceso a los mercados estarían sujetos al artículo 3. En los asuntos "Tetra Pak" y "Hilti",

la Comisión Europea estimó que una empresa con una posición dominante no está autorizada para sustituir a las autoridades públicas en la aplicación de una política de ventas vinculadas basada en exigencias de seguridad o razones sanitarias. En ambos asuntos se confirmó la posición de la Comisión<sup>117</sup>.

84. Por regla general, la investigación de toda conducta excluyente debería llevar aparejado el examen de la posición de las empresas de que se trate en el mercado, de la estructura de éste y de los efectos probables de esas prácticas excluyentes en la competencia y en el comercio o el desarrollo económico.

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

85. La negativa a tratar puede presentar la apariencia de un derecho innato, puesto que en teoría la negativa a vender o comprar sólo afecta al vendedor o comprador. En realidad, sin embargo, los motivos para negarse a vender pueden ser múltiples y a menudo son utilizados por empresas que gozan de una posición dominante para hacer que se cumplan otras prácticas como la imposición de precios de reventa o los acuerdos de distribución selectiva. Además, la negativa a vender puede estar estrechamente relacionada con la posición de dominio en el mercado de una empresa y muchas veces se utiliza como medio para ejercer presión sobre las empresas e imponerles precios de reventa.

86. Es evidente la preocupación que causan las negativas a tratar con el propósito de obligar a aceptar restricciones potencialmente contrarias a la competencia, como son la imposición de precios de reventa y los acuerdos de distribución selectiva. Las negativas a tratar no son, sin embargo, contrarias por sí mismas a la competencia y las empresas deben tener libertad para tratar y también para conceder un trato preferencial a compradores habituales, sociedades conexas, detallistas que pagan en la fecha estipulada las mercancías que compran o que van a mantener la calidad, la imagen, etc. del producto del fabricante. Lo mismo cabe decir cuando una compañía anuncia con antelación en qué circunstancias se negará a vender (por ejemplo, exponiendo sencillamente sus deseos respecto del precio al por menor y negándose a volver a tratar con quienes no se adaptan a ellos). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha establecido en este particular que "la finalidad de la Ley Sherman

es prohibir los monopolios, los contratos y las combinaciones que pudieran obstar indebidamente el libre ejercicio de las personas que se dedican o desean dedicarse al comercio; en pocas palabras, defender el derecho a la libertad de comerciar. De no existir propósito de constituir o mantener un monopolio, la ley no impone limitación alguna al derecho, reconocido desde hace tiempo, de todo comerciante o fabricante a ejercer libremente, en el contexto de un negocio completamente privado, su propio arbitrio independiente respecto de las partes con las que quiere tratar; y puede, claro está, anunciar con antelación en qué circunstancias se negará a vender"<sup>118</sup>.

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

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

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

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

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

90. Los acuerdos entre un proveedor y su distribuidor a menudo implican la asignación de un territorio determinado (reparto de áreas territoriales) clientes), es decir, un territorio en el cual y una clientela con la cual el distribuidor puede comerciar. Cabe, por ejemplo, que el

distribuidor deba limitarse a vender al por mayor el producto de que se trate a los mayoristas o sólo venderlo directamente a minoristas. La finalidad de esas restricciones suele ser minimizar la competencia interna de una marca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Los efectos de tales restricciones se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente a falta de una fuerte competencia entre marcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia entre marcas pueden ser positivas o favorables cuando exista en el mercado mucha competencia entre marcas<sup>119</sup>. En los Estados Unidos, donde se han impugnado acuerdos por considerar ilícitos los tratos exclusivos, los tribunales se han caracterizado por condenar sólo aquéllos que menoscaban sustancialmente la competencia en un mercado pertinente al reducir de modo apreciable el número de puntos de venta disponibles para que un competidor llegue a los posibles consumidores de su producto. Véanse *Tampa Electric Co. contra Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320, 327 (1961); *Roland Machinery Co. contra Dresser Industries, Inc.* 749 F.2d 380, 393 (7<sup>th</sup> Cir. 1984).

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

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

93. Los acuerdos de reparto de territorios y clientela sirven para ejecutar los acuerdos de exclusividad que permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición de dominio en la oferta del producto de que se trate, aislar

determinados mercados entre sí y de ese modo fijar precios diferentes según el nivel que admita cada mercado. Además, los sistemas de distribución selectiva tienden muchas veces a impedir la reventa mediante la exportación fuera del territorio asignado por temor a una competencia de precios en zonas en las que éstos se fijan al nivel más alto.

- iv) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por él.

94. Este tipo de conducta suele denominarse venta condicionada o vinculada. El producto "vinculado" puede ser de un género totalmente diferente del producto que se compra o bien un producto de una línea similar<sup>120</sup>. Los acuerdos de ventas condicionadas se imponen normalmente para promover los productos más difíciles de vender y, en particular, de los que están sujetos a una competencia más intensa de bienes sustitutivos. El proveedor, en razón de su posición de dominio con respecto al producto solicitado, puede imponer como condición de su venta la aceptación de otros productos. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la concesión de rebajas de fidelidad basadas en la totalidad de las compras de la gama completa de productos de la empresa proveedora<sup>121</sup>.

95. Adviértase que condicionar la capacidad de un licenciario a disponer de uno o más productos de índole intelectual a que adquiera otro producto intelectual o un bien o servicio se ha considerado en los Estados Unidos en algunos casos que constituye vinculación ilegal. Tal como se señaló en la sección 5.3 de las Pautas Antitrust para la concesión de licencias de propiedad intelectual, publicadas por el Departamento estadounidense de Justicia y la Comisión Federal de Comercio el 6 de abril de 1995, es probable que los organismos antitrust de ese país impugnarán un acuerdo de vinculación si: 1) el vendedor goza de un poder de mercado en el producto que se vincula, 2) el acuerdo tiene un efecto adverso sobre la competencia en el mercado pertinente del producto vinculado, y 3) las justificaciones de eficiencia del acuerdo no sirven para compensar los efectos anticompetitivos. Los organismos no presumirán que una patente, un derecho de autor o un secreto comercial confieren necesariamente un poder de mercado a sus titulares. Conviene señalar que los Estados Unidos enmendaron su legislación sobre patentes en 1988 para establecer que vincular una patente a otra, o a la compra de otro producto distinto, no constituirá una extensión ilegal del derecho de patentes a menos que "el titular de la patente tenga una

posición de dominio en el mercado pertinente de la patente o del producto patentado al que se vincula la venta o la concesión de una licencia". Esa disposición legislativa dejaba sin vigencia fallos previos de tribunales en los que se sostenía que debía presumirse que el titular de una patente tenía poder de mercado. El Congreso de los Estados Unidos aceptó que muchos productos patentados están sujetos a la competencia efectiva de productos sustitutos. Esta práctica está prohibida en las legislaciones de casi todo el mundo, como Argelia<sup>122</sup>, Hungría<sup>123</sup>, Mongolia<sup>124</sup>, Suiza<sup>125</sup> y el MERCOSUR<sup>126</sup>.

### III. Autorización o exención

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

96. El Conjunto de Principios y Normas establece que para determinar si unos actos o un comportamiento son o no abusivos deberá tenerse en cuenta su finalidad y sus consecuencias, en la situación existente. A tal efecto, incumbe claramente a las empresas presentar pruebas para demostrar la idoneidad de su comportamiento en una situación determinada y compete a las autoridades nacionales aceptarlas o no. Por lo que se refiere a las prácticas enumeradas en los apartados a) a d) no es probable en general que cuando una empresa goce de una posición dominante la observancia de tales prácticas se considere apropiada habida cuenta de sus efectos probables sobre la competencia y el comercio o sobre el desarrollo económico.

97. En la República Checa se considera que una o más empresas conjuntas (predominio conjunto) tienen una posición dominante en un mercado pertinente cuando su poder de mercado les permite desempeñarse en buena parte con independencia de otras empresas o de otros consumidores. El poder de mercado se evalúa con arreglo a un cálculo del volumen de los suministros o las compras en el mercado pertinente de los bienes de que se trate (cuota de mercado), logrado por la empresa o empresas correspondientes con una posición

conjunta dominante durante el período examinado con arreglo a la ley, y conforme a otros índices, en particular el poder económico y financiero de las empresas, las barreras legales u otras a la entrada en el mercado, el nivel de integración vertical de las empresas, la estructura del mercado y las cuotas en él de sus competidores inmediatos. Asimismo, la ley establece el supuesto refutable de que una empresa o empresas con un dominio conjunto se considerará que no gozan de posición dominante si su cuota o cuotas en el mercado pertinente durante el período examinado son inferiores al 40%<sup>127</sup>.

## CAPÍTULO V

### *Notificación*

#### I. *Notificación de las empresas*

1. Cuando se trate de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4 que no estén prohibidas sin más y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, cabría obligar a las empresas a que notifiquen al organismo encargado de la aplicación de la ley todos los pormenores de las prácticas previstas.

2. Podrían hacer la notificación todas las partes interesadas, una o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.

3. Sería posible notificar un solo convenio cuando la empresa o persona fuera parte en convenios restrictivos de igual tenor con varias partes distintas, a condición de que también se comunicaran los datos de todas las partes, presentes o futuras, en tales convenios.

4. Cabría requerir que se notificara al organismo encargado de la aplicación de la ley cualquier cambio en un convenio, acuerdo o estado de cosas, notificado conforme a lo dispuesto en la ley, que se hubiera producido en sus estipulaciones o en las partes, su terminación (salvo por expiración del plazo) o resolución, o todo cambio sustancial en la situación (dentro de los (...) días/meses siguientes a la fecha en que hubiera ocurrido el acontecimiento) (inmediatamente).

5. Podría permitirse a las empresas recabar autorización de los convenios o acuerdos a que se refieren los artículos 3 y 4 y que existían en la fecha de entrada en vigor de la ley, con tal de que se hubieran notificado dentro de los ((...)) días/meses) siguientes a esa fecha.

6. La entrada en vigor de los convenios notificados podría estar sujeta a la concesión de la autorización o a la expiración del plazo fijado para ello, o tener lugar provisionalmente a raíz de la notificación.

7. Todo convenio o acuerdo que no hubiera sido notificado, si llegara a ser descubierto y reputado ilegal, podría quedar sujeto a la aplicación de todas las sanciones previstas por la ley en lugar de ser simplemente modificado.

## II. Disposiciones del organismo encargado de la aplicación de la ley

1. Decisión adoptada por el organismo encargado de la aplicación de la ley (dentro de los (...) días/meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación completa de todos los pormenores) de denegar o conceder la autorización o de concederla con sujeción, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

2. Procedimiento de revisión periódica, cada (...) meses/años, de las autorizaciones concedidas, con la posibilidad de prorrogarlas, suspenderlas o subordinar su prórroga al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

3. Posibilidad de retirar una autorización si, por ejemplo, el organismo encargado de la aplicación de la ley viniera en conocimiento de que:

a) Las circunstancias que justificaron la autorización habían dejado de existir;

b) Las empresas no habían cumplido las condiciones y obligaciones prescritas para la concesión de la autorización;

c) La información proporcionada al solicitar la autorización era falsa o engañosa.

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO V Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

### *Notificación*

#### I. Notificación de las empresas

1. Cuando se trate de prácticas comprendidas en los artículos 3 y 4 que no estén prohibidas sin más y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, cabría obligar a las empresas a que notifiquen al organismo encargado de la aplicación de la ley todos los pormenores de las prácticas previstas.

2. Podrían hacer la notificación todas las partes interesadas, una o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.

3. Sería posible notificar un solo convenio cuando la empresa o persona fuera parte en convenios restrictivos de igual tenor con varias partes distintas, a condición de que también se comunicaran los datos de todas las partes, presentes o futuras, en tales convenios.

4. Cabría requerir que se notificara al organismo encargado de la aplicación de la ley cualquier cambio en un convenio, acuerdo o estado de cosas, notificado conforme a lo dispuesto en la ley, que se hubiera producido en estipulaciones o en las partes, su terminación (salvo por expiración del plazo) o resolución, o todo cambio sustancial en la situación (dentro de los (...) días/meses siguientes a la fecha en que hubiera ocurrido el acontecimiento) (inmediatamente).

5. Podría permitirse a las empresas recabar autorización de los convenios o acuerdos a que se refieren los artículos 3 y 4 y que existían en la fecha de entrada en vigor de la ley, con tal de que se hubieran notificado dentro de los (...) días/meses siguientes a esa fecha.

6. La entrada en vigor de los convenios notificados podría estar sujeta a la concesión de la autorización o a la expiración del plazo fijado para ello, o tener lugar provisionalmente a raíz de la notificación.

7. Todo convenio o acuerdo que no hubiera sido notificado, si llegara a ser descubierto y reputado ilegal, podría quedar sujeto a la aplicación de todas las sanciones previstas por la ley en lugar de ser simplemente modificado.

98. El planteamiento adoptado en la Ley tipo es el de una cláusula de prohibición de carácter general de los convenios restrictivos. Por consiguiente, cuando se trate de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4, que no estén totalmente prohibidas, existe la posibilidad de que sean autorizadas. La notificación se aplica también al control de las fusiones, si se hubiere establecido en el artículo 4 o en un artículo distinto de la ley. Hay que señalar, sin embargo, que la inclusión en la ley de disposiciones demasiado rigurosas en materia de notificación e inscripción en el registro puede resultar sumamente gravosa para las empresas y para el organismo encargado de la aplicación de la ley. Por consiguiente, algunas leyes que exigen la notificación, exoneran determinadas prácticas o transacciones de cuantía inferior a un límite determinado o conceden "exenciones por categorías".

99. Las empresas que solicitasen autorización estarían obligadas a notificar con todos sus pormenores los convenios o acuerdos proyectados al organismo encargado de la aplicación de la ley. Los datos detallados dependerían de las circunstancias y no es probable que fueran los mismos en cada caso (véase el recuadro 12). Se podría pedir, entre otra, la siguiente información:

a) Nombre y dirección registrados de la parte o las partes interesadas;

b) Nombre y dirección de los administradores y del propietario o los copropietarios;

c) Nombre y dirección de los (principales) accionistas, con indicación detallada de sus participaciones respectivas;

d) Nombre de toda empresa matriz y de cualquier empresa vinculada;

e) Descripción de los productos o servicios de que se trate;

f) Establecimientos de la empresa o las empresas, naturaleza de las operaciones mercantiles en cada plaza y territorio o territorios que abarquen las actividades de la empresa o las empresas;

g) Fecha de entrada en vigor del convenio;

h) Su duración o, si pudiera darse por terminado mediante notificación, la antelación con que debiera hacerse ésta;

i) Todas las estipulaciones del convenio, tanto si fuera escrito como verbal, en cuyo caso se extenderían por escrito las estipulaciones concertadas verbalmente.

100. Incumbe a las empresas de que se trate demostrar, al solicitar la autorización, que el convenio previsto no producirá los efectos prohibidos por la ley o no está en contradicción con los objetivos de ésta. Por lo que respecta a la autorización de las conductas a que se refiere el artículo V, la información proporcionada en las notificaciones debería comprender la cuota de mercado, los activos totales, el volumen anual total de negocios y el número de empleados, incluidos los de las empresas vinculadas entre sí o integradas horizontal y verticalmente, a fin de determinar la posición en el mercado de las empresas de que se trate. Las sociedades comprendidas en la categoría de "empresas con una posición dominante en el mercado" (para las

que sería menester que el organismo encargado de la aplicación de la ley estableciera los criterios con miras a su definición) y las que como consecuencia de tales acuerdos y prácticas satisfagan esos criterios tendrían que notificar todos los detalles al organismo encargado de la aplicación de la ley. En el recuadro 12 se indica, por ejemplo, el tipo de información sobre el mercado pertinente que debería facilitarse con la notificación y la información que habría que facilitar sobre el mercado pertinente en el caso de una notificación de una sociedad conjunta de carácter estructural.

101. En Sudáfrica, el período en el que las empresas han de solicitar autorización de los acuerdos o arreglos que quedan dentro del ámbito de los artículos 3 y 4 deberá ser al menos de tres meses a contar de la fecha de la entrada en vigor de la ley. Se preveía que las empresas tendrían ya conocimiento de la aplicación inmediata de la ley o de su entrada en vigor y tomarían las medidas necesarias. Se consideraba que seis meses eran más que suficientes para preparar las notificaciones de autorización. En el Reino Unido, la ley establece una notificación voluntaria. Las empresas en Zambia pueden notificar conductas que no estén prohibidas claramente por la ley en su sección 13.

102. En Ucrania, la ley dispone que se otorgará una autorización si: i) no hay una monopolización de todo el mercado o de una parte apreciable o una restricción sustancial de la competencia en todo el mercado o en una parte apreciable; ii) el Consejo de Ministros de Ucrania autorizará una concentración aunque no haya sido aprobada por el Comité Antimonopolio del país en razón de que no se ajustaba a las condiciones establecidas en la ley siempre y cuando el efecto positivo producido por la concentración sobre el interés público compense las consecuencias negativas de la restricción de la competencia. No obstante, esa autorización no se concederá cuando las restricciones de la competencia causadas por la concentración no sean necesarias para lograr su finalidad o constituyan una amenaza para el sistema de economía de mercado<sup>128</sup>. En Costa Rica no existe un sistema de autorización por el que la autoridad encargada de regular la competencia pueda aprobar acuerdos horizontales. Por el contrario, esa autoridad aplica una prohibición *per se* en relación con tales prácticas, ya que se considera que sería muy caro de poner en práctica un sistema de autorización<sup>129</sup>.

## II. Disposiciones del organismo encargado de la aplicación de la ley

1. Decisión adoptada por el organismo encargado de la aplicación de la ley (dentro de los ( ) días/meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación completa de todos los pormenores) de denegar o conceder la autorización o de concederla con sujeción, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

2. Procedimiento de revisión periódica, cada ( ) meses/años, de las autorizaciones concedidas, con la posibilidad de prorrogarlas, suspenderlas o subordinar su prórroga al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

103. La entrada en vigor de los convenios notificados dependería de una serie de factores. En el caso de las fusiones y otras adquisiciones de control podría tomarse en consideración la autorización previa del organismo encargado de la aplicación de la ley en un plazo determinado antes de la entrada en vigor de los pactos. El mismo procedimiento podría aplicarse también a los convenios y acuerdos notificados con arreglo al artículo 3 y los apartados e) y f) del artículo 4, pero quizá ocasionará algunas demoras en las decisiones comerciales. A este respecto, los convenios tal vez podrían entrar en vigor provisionalmente a menos que, dentro de un plazo determinado, el organismo encargado de la aplicación de la ley decidiera otra cosa.

104. El párrafo 2 de la sección II de este artículo establece un procedimiento de revisión y suspensión de la autorización dada. Si las autorizaciones se conceden en determinadas circunstancias económicas, suele ser en la inteligencia de que es probable que tales circunstancias se mantengan. Sin embargo, un procedimiento de revisión es necesario, no sólo cuando pueda haber habido un cambio en las circunstancias, sino también en los casos en que los posibles efectos perjudiciales de la exención no se previeron en el momento de otorgarse la autorización.

3. Posibilidad de retirar una autorización si, por ejemplo, el organismo encargado de la aplicación de la ley viniere en conocimiento de que:

a) Las circunstancias que justificaron la concesión de la autorización habían dejado de existir;

b) Las empresas no habían cumplido las condiciones y obligaciones prescritas para la concesión de la autorización;

c) La información proporcionada al solicitar la autorización era falsa o engañosa.

105. El párrafo 3 de la sección II dispone la retirada de la autorización cuando se haya producido un cambio de situación o cometido una violación de las obligaciones o un abuso de la exención. Este supuesto comprende asimismo los casos en que la primera decisión se basó en datos inexactos o especiosos.

## CAPÍTULO VI

### *Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos*

#### I. Notificación

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían notificarse:

- i) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de un poder de mercado, especialmente en sectores económicos en que la concentración del mercado sea elevada, cuando existan barreras a la entrada o cuando no haya productos sustitutivos del suministrado por las empresas cuya conducta se examina.

#### II. Prohibición

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, deberían prohibirse:

- i) Cuando la operación propuesta refuerce considerablemente la capacidad de ejercer el poder de mercado (por ejemplo, cuando una empresa o un grupo de empresas que actúen conjuntamente puedan imponer de manera rentable unos precios superiores a los niveles competitivos durante un período de tiempo prolongado); y
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, dé como resultado una empresa con

influencia dominante o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

### III. Procedimientos de investigación

La autorización de la investigación de las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo, que puedan redundar en perjuicio de la competencia podría figurar en unas disposiciones reglamentarias sobre las concentraciones económicas.

En particular, ninguna empresa debería, en los supuestos a que se refieren los anteriores apartados, realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera de (...) días contados desde la fecha de expedición del resguardo de la notificación, a menos que el organismo de defensa de la competencia abrevie dicho plazo o lo prorrogue por un período adicional que no exceda de (...) días con el consentimiento de las empresas interesadas, de conformidad con las disposiciones de los posibles elementos del artículo 7. Podría facultarse al organismo para que requiera a las partes y las empresas en el ramo del comercio o el mercado pertinente afectados que presenten documentos o deduzcan testimonio, manteniéndose la suspensión de la operación por un tiempo suplementario cuando las partes se demoren en responder.

Si, concluida la vista ante el organismo de defensa de la competencia o un tribunal, la conclusión a que se hubiere llegado fuere contraria a la operación, podrían impedirse o incluso deshacerse las adquisiciones o fusiones que es probable disminuyan considerablemente la competencia en un ramo del comercio en el ámbito de jurisdicción o en una parte importante del mercado pertinente comprendido en ese ámbito.

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO VI Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

### *Notificación, investigación y prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos*

#### I. Notificación

Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo deberían notificarse:

- i) Cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
- ii) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de una empresa en posición dominante o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

#### 1. Definiciones

106. La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, tal como la vinculación por medio de consejeros comunes. Fusión es la unión de dos o más empresas de cuyas resultas una o varias de ellas pierden su identidad y se crea una empresa única. La absorción de una empresa por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o de un número suficiente de acciones de la primera que permita a la segunda ejercer el control de la empresa adquirida y puede efectuarse sin el consentimiento de ésta. La empresa conjunta supone la creación de una entidad nueva por dos o más empresas.

107. Tales adquisiciones de control posiblemente lleven, en algunos casos, a una concentración de poder económico que puede ser horizontal (por ejemplo, la adquisición de un competidor), vertical (es decir, entre empresas en diferentes escalones del proceso de fabricación y distribución) o heterogénea (que abarca diferentes tipos de actividades). En algunos casos, tales concentraciones pueden tener al mismo tiempo carácter horizontal y vertical y las empresas implicadas pueden ser originarias de uno o de varios países<sup>130</sup>. En el recuadro 11 se resumen las razones principales para instituir un control de las fusiones.

#### 2. Notificación y criterios de notificación

108. Muchos Estados han establecido, a fin de controlar las fusiones y otros modos de adquisición de control, un sistema de notificación previo a la consumación de las fusiones, como es el caso de los Estados Unidos y la Unión Europea. Varios países han optado por un sistema de notificación obligatoria después de realizada la fusión, y algunos sólo han sometido el control de las fusiones a un procedimiento de notificación voluntaria. En el cuadro del anexo II figura una enumeración de los países comprendidos en estas tres categorías. En la mayoría de países, la notificación únicamente es obligatoria cuando las empresas de que se trata tienen cierto grado de concentración o es probable que lo alcancen.

**RECUADRO 11**

**Notificación: Información sobre las partes y el acuerdo**

Datos identificativos de las empresas que presentan una notificación;

Información sobre las partes en el acuerdo y sobre los grupos de sociedades a que pertenezcan;

Datos del proyecto o acuerdo notificado, en particular las estipulaciones que puedan restringir la libertad de las partes para adoptar decisiones comerciales independientes;

Un resumen no confidencial al que el organismo de defensa de la competencia pueda dar publicidad en el *Boletín Oficial* o en Internet, invitando a terceros interesados a que presenten observaciones;

Las razones por las que el organismo de defensa de la competencia debería no oponerse a la operación o conceder la exención;

Documentos justificativos (por ejemplo, informes de gestión y cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios de todas las partes en la operación);

Copias de los estudios de mercado a largo plazo internos o externos o de los documentos de planificación;

Información sobre el mercado pertinente que debe acompañar a la notificación;

Delimitación del mercado pertinente del producto, definido por el organismo de defensa de la competencia de forma que abarque todos los bienes o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles en virtud de las características de los productos, de sus precios o de su uso final;

Delimitación del mercado geográfico pertinente, definido por el organismo de defensa de la competencia como la zona en que las empresas interesadas participan en el suministro de bienes o servicios, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que se puede distinguir de las zonas vecinas porque, en especial, las condiciones de competencia sean apreciablemente diferentes en ellas;

Posición de las partes, los competidores y los clientes en el mercado o mercados pertinentes del producto;

La entrada en el mercado y los competidores potenciales en los mercados geográfico y del producto;

Información sobre el mercado pertinente en el caso de las sociedades conjuntas de carácter estructural;

Delimitación de los mercados pertinentes geográfico y del producto, como en el apartado anterior, y datos suplementarios sobre los productos o servicios directa o indirectamente afectados por el acuerdo;

Descripción de los productos o servicios notificados que sean sucedáneos económicos cercanos y datos más detallados sobre el mercado geográfico;

Información sobre los miembros del grupo que realizan actividades en los mismos mercados;

Datos sobre las partes, los competidores y los clientes, como en el apartado anterior;

Datos sobre la entrada en el mercado y los competidores potenciales, como en el apartado anterior, y detalles suplementarios, por ejemplo, acerca de la escala mínima viable para la entrada en el mercado o mercados pertinentes del producto.

En los cuadros del anexo III figuran ejemplos detallados de cuándo se aplican los regímenes de notificación obligatoria (*ex ante* y *ex post*) o de notificación voluntaria de varios países, con datos acerca del régimen de control de fusiones de determinados países desarrollados y en desarrollo y países en transición. En la Provincia china de Taiwán, la normativa sobre fusiones se cambió desde una aprobación previa a la notificación en una enmienda del año 2002. El umbral de notificación para el sector financiero es de 10.000 millones de dólares de Taiwán (2.900 millones de dólares de los Estados Unidos) y la cuantía de ventas del año anterior de la empresa que se quiera adquirir tendría que superar 1.000 millones de dólares de Taiwán (290 millones de dólares de los EE.UU). Para el

sector no financiero, la cuantía total de ventas del año anterior tendrá que superar 2.000 millones de dólares de Taiwán (570 millones de dólares de los Estados Unidos) y la de la empresa adquirida 500 millones de dólares de Taiwán (145 millones de dólares de los Estados Unidos). En Armenia, el artículo 9 fija los umbrales de la notificación como sigue: cuando el ingreso total bruto de las partes en la concentración ascienda al equivalente de 4 millones de dólares de los Estados Unidos en moneda local en el año anterior a la concentración, o cuando al menos una de las partes en la concentración figure en el registro de entidades económicas con una posición dominante en el mercado del producto de que se trate.

**RECUADRO 12**

**¿Por qué instituir un control de las fusiones?**

Algunos países con mercados más pequeños estiman que el control de las fusiones es innecesario porque no desean impedir la reestructuración de las empresas que intentan alcanzar una "masa crítica" que les permita ser competitivas en los mercados mundiales. Otros opinan que poseer un "campeón nacional", aun abusando de una posición de monopolio interno, quizás permita a éste ser competitivo en mercados del extranjero. Esos puntos de vista suscitan dos objeciones. En primer lugar, sucede a menudo que los monopolios gocen de su "renta de monopolio" sin hacerse más competitivos en el extranjero, a costa de los consumidores internos y, en definitiva, del desarrollo de la economía en su conjunto. En segundo término, si el mercado local es un mercado abierto a la competencia de las importaciones y a la inversión extranjera directa (IED), el mercado mundial puede ser el mercado pertinente a efectos del ejercicio del control, y el proveedor interno único podría ser autorizado en cualquier caso a llevar a efecto la fusión. Se debe señalar también que no tiene sentido prohibir un cártel cuando no se es capaz al mismo tiempo de actuar contra sus miembros si éstos se fusionan. Además, un país anfitrión que no disponga de un sistema de control de las fusiones se privará de la posibilidad de impugnar las fusiones y adquisiciones que tengan efectos perjudiciales en el territorio nacional.

Por regla general, el control de las fusiones tiene por objeto impedir la creación, por medio de adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas que se vean inducidas a ejercer un poder de mercado y tengan capacidad para ello. Se estima que las fusiones en mercados extraordinariamente concentrados, o que crean empresas con cuotas de mercado excepcionalmente elevadas, tienen mayores probabilidades de afectar a la competencia.

A tenor del grado de experiencia de los organismos de defensa de la competencia y según los países, la legalidad de una fusión se determinará con arreglo a la normativa aplicable a las posiciones de dominio o a las restricciones, o se elaborará un criterio separado concebido en función de los efectos reales o potenciales sobre la competencia. Por ello, en versiones anteriores de la Ley tipo el control de las fusiones se incluía entre los posibles elementos de los artículos sobre abuso de una posición dominante.

La mayoría de los regímenes de control de las fusiones aplican algún criterio basado en la cuota de mercado, bien como guía para la continuación de las investigaciones, bien como presunción de legalidad. Casi todos esos regímenes establecen requisitos de notificación previa a los organismos de defensa de la competencia, antes de las operaciones más amplias e importantes, y procedimientos especiales de investigación previa y acelerada, para determinar los problemas que se plantean y resolverlos antes de que se haga efectivamente la reestructuración después de realizada la operación de fusión.

El análisis del control de las fusiones comprende los aspectos siguientes:

- Definición del mercado pertinente con arreglo al producto o el ámbito geográfico;
- Identificación de los productos real o potencialmente competidores;
- Empresas que pueden competir;
- Cuotas e importancia estratégica de cada una de esas empresas en los mercados del producto;
- Probabilidad de nuevas entradas y existencia de barreras efectivas que las frenen.

109. Asimismo, la Ley de Armenia (art. 10) regula la concentración del modo siguiente:

- i) Toda concentración que conduzca a una posición dominante quedará prohibida excepto cuando fomente la competencia en el mercado del producto de que se trate;
- ii) La concentración se autorizará con arreglo a una decisión que se adoptará siguiendo el procedimiento establecido en esa ley.

En Chile, no existe obligación de notificación previa de concentraciones, adquisiciones o fusiones. En la práctica, el control preventivo de fusiones lo realiza la Comisión preventiva que tiene facultades para resolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la ley. Por su parte, la Comisión Resolutiva puede conocer directamente de las fusiones que alteran o limitan la competencia, como también de tomas de control o

adquisiciones (Resolución N° 639 de 23 de enero de 2002). En la legislación de Zambia, las normas sobre control de fusiones de la sección 8 de la Ley se aplican a todas las fusiones que entrañen la adquisición o el control de un interés sustancial en la totalidad o una parte de un negocio de un competidor, proveedor, cliente u otra persona<sup>131</sup>. En la legislación de Austria las empresas cooperativas han de someterse a un control de fusión cuando desempeñen permanentemente todas las funciones de una entidad económica independiente.

110. En la Ley de la India sobre la competencia de 2002, se considerará adquisición de una o más empresas por una o más personas o una fusión o una concentración de empresas toda combinación de esas empresas y personas. La ley dispone que la notificación por las partes de su propuesta de combinación o acuerdo a la Comisión de la Competencia será voluntaria. Esa notificación podrá hacerse sólo cuando los activos agregados de las partes que se juntan tienen un valor superior a determinados límites. Límites separados se han especificado para grupos de empresas con capital social cruzado o consejeros comunes. También se establecen límites distintos cuando se trate de activos en otros países.

Las combinaciones que causen o puedan causar un efecto adverso apreciable sobre la competencia en el mercado pertinente de la India se considerarán nulas. La ley establece (sección 24.4) que se examinarán varios factores para determinar si una combinación causa o puede causar un efecto adverso apreciable sobre la competencia en los mercados pertinentes<sup>132</sup>.

La legislación de Zambia no define los conceptos de "fusión", "adquisición", "control conjunto", o "empresa conjunta", o el procedimiento de notificación de fusiones y adquisiciones. No obstante, las directrices sobre fusiones proporcionan información útil a las partes. La evaluación de las fusiones o adquisiciones por la Comisión se centra en la cuestión de si una transacción propuesta es probable que impida, distorsione o merme la competencia en un mercado pertinente. Algunas fusiones y adquisiciones están, sin embargo, prohibidas directamente en la ley. Otras podrán ser autorizadas por la Comisión y unas terceras son legales y no necesitan autorización. A tenor de la ley constituye una infracción hacer una fusión entre dos o más empresas que se dedican a fabricar o distribuir bienes o servicios sustancialmente similares (fusiones horizontales). La ley establece dos umbrales, uno para las situaciones de poder de

mercado unilateral (es decir, el predominio de una sola empresa) y otro para mercados concentrados donde puede haber un poder de mercado combinado u oligopolista<sup>133</sup>. Los umbrales se establecen de tal suerte que la Comisión examinará las fusiones que tengan:

- Poder de mercado unilateral: la empresa fusionada tiene más de 50% del mercado; y
- Poder de mercado combinado: una empresa dominante que junto a más de dos empresas independientes tiene más del 50% del mercado.

111. En Zimbabwe, la notificación de la fusión deberá hacerse en los 30 días siguientes a la conclusión del acuerdo correspondiente entre las partes que se fusionan o de la adquisición por una de las partes en esa fusión o de la toma de un interés de control en otra parte.

112. Los principales indicadores utilizados para examinar esa concentración de poder económico son las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total. Para evaluar los efectos de una adquisición también se tienen en cuenta otros factores, como la estructura general del mercado, el grado existente de concentración del mercado, la barreras a la penetración en el mercado y la posición competitiva de otras empresas en el mercado pertinente, así como las ventajas de que se goce y las que vayan a obtenerse mediante la adquisición. Es importante señalar que los sistemas de autorización no deben interpretarse de forma que desalienten la iniciación por las empresas de actividades favorables a la competencia<sup>134</sup>. De conformidad con la legislación de Argelia, las concentraciones económicas han de notificarse a la Junta de la Competencia cuando puedan afectar negativamente a la competencia mediante un fortalecimiento importante de la posición de dominio del mercado y representar como mínimo el 40% de las ventas o compras de un mercado determinado. No obstante, cuando la Junta rechace una concentración, ésta puede ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público (cuando se justifique por razones económicas objetivas, particularmente con el fin de desarrollar y garantizar la competencia de las empresas nacionales frente a la competencia internacional, crear empleo o desplegar nuevas tecnologías)<sup>135</sup>. En la Unión Europea, la obligación de notificar una concentración depende de la cifra de negocios de la empresa de que se trate en el plano mundial, comunitario o nacional.

113. Por ejemplo, la CE adoptó en 1989 un sistema general de control de las fusiones en virtud del Reglamento N° 4064/89. Esta disposición fue muy modificada en 1997, "y es objeto de una nueva revisión prevista para que entre en vigor el 1° de mayo de 2004" (Francia). El Reglamento sobre fusiones se basa en el principio de la "ventanilla única": tan pronto como una operación da lugar a la intervención de la autoridad europea competente (es decir, la Comisión Europea por medio de su Dirección General de Defensa de la Competencia), los organismos nacionales que se ocupan de la competencia de los Estados miembros no pueden aplicar a la operación sus propias leyes (salvo en muy contados casos). La aplicación de este principio tiene por objeto ofrecer a las empresas una mayor seguridad jurídica en las operaciones internacionales (que en otro caso quedarían sujetas al examen de una pluralidad de organismos nacionales de control de las fusiones). El principio de la "ventanilla única" quedó reforzado cuando se hizo la modificación, en un intento por reducir la necesidad de que la colectividad empresarial deba presentar múltiples solicitudes de autorización a los organismos nacionales de reglamentación de las fusiones<sup>136, 137</sup>.

114. Hasta el 1° de marzo de 1998, el Reglamento exigía la notificación de todas las fusiones o adquisiciones entre empresas cuando su volumen de negocios total superase 5.000 millones de euros y la cifra de ventas comunitarias de cada una de ellas fuera de 250 millones de euros o más, a menos que cada una de las partes obtuviese más de dos tercios de su volumen comunitario de negocios en el mismo Estado miembro. Después del 1° de marzo de 1998, el Reglamento sobre fusiones se ha aplicado también a concentraciones más pequeñas que tengan importantes repercusiones en al menos tres Estados miembros. El Reglamento abarca las concentraciones en que el volumen comunitario de negocios total de las partes supera 2.500 millones de euros, y en que la cifra comunitaria de ventas de cada una de dos partes al menos excede de 100 millones de euros y en que el volumen de negocios total de todas las partes en cada uno de al menos tres Estados miembros asciende a más de 100 millones de euros y la cifra de ventas de cada una de al menos dos partes en cada uno de los tres Estados miembros mencionados es superior a 25 millones de euros, salvo que cada una de las partes obtenga más de dos tercios de su volumen comunitario de negocios total en el mismo Estado miembro.

115. Tales operaciones tienen que ser notificadas y podrán ser suspendidas durante un plazo de cuatro

meses como máximo si son investigadas. Es raro que las sociedades incumplan su obligación de notificar: en la Unión Europea, por ejemplo, tras diez años de velar por la observancia de la ley la Comisión impuso por primera vez una sanción pecuniaria a una empresa por no haber notificado a tiempo una concentración tan sólo en 1998<sup>138</sup>. Las fusiones que no alcancen el umbral indicado pueden seguir sujetas al control de las autoridades nacionales del Estado miembro, una vez que superen los umbrales definidos por la legislación nacional. Asimismo, existen excepciones que en todo caso pueden hacer que una fusión vuelva a caer dentro del ámbito de un Estado miembro<sup>139</sup>, o, alternativamente, entrañen una solicitud que sea objeto de nuevo de uno o más controles nacionales dentro del ámbito de la Comunidad<sup>140</sup>.

En la actual práctica de la CE, el período normal de espera ("plazo límite de la fase I") es de un mes y se extiende automáticamente a seis semanas cuando las partes que se fusionan ofrezcan compromisos ("soluciones") o si los Estados miembros piden que el asunto se les remita. El período de espera podrá ampliarse unilateralmente por la Comisión (es decir, sin el consenso de las partes que se fusionan) cuando se considere que suscita serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común durante cuatro meses más (denominados "fase II"). La Comisión Europea puede otorgar derogaciones del efecto suspensivo, esto es, autorizar a las partes que se fusionan a que realicen parcial o totalmente su transacción. Véanse los artículos 7 y 10 del Reglamento comunitario. Adviértase que algunos cambios en el sistema de la CE sobre plazos, incluidos elementos nuevos de flexibilidad, figuran en la propuesta de la Comisión de un nuevo Reglamento sobre fusiones (artículo 10 de dicho Reglamento). El sistema de control de fusiones de la CE también establece la posibilidad de ordenar la separación de empresas (véase el artículo 8 4) del Reglamento). Esta cláusula se aclarará y completará en el nuevo Reglamento sobre fusiones propuesto (artículo 8 4) y 5)).

### 3. Tipos de concentración

116. Las adquisiciones de control de carácter horizontal son evidentemente el tipo de actividad que contribuye más directamente a la concentración de poder económico y que tiene más probabilidades de traducirse en una posición dominante en el mercado, reduciendo o eliminando así la competencia<sup>141</sup>. Esta es la razón por la que la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de muchos países desarrollados y países en

desarrollo aplica un control estricto a la fusión o integración de empresas competidoras. En realidad, uno de los fines principales de la legislación de represión de los monopolios ha sido el control del crecimiento del poder monopolístico que a menudo se crea como resultado directo de la integración de competidores en una sola unidad. Las adquisiciones de control de carácter horizontal no se limitan a las fusiones sino que también pueden realizarse por medio de absorciones, empresas conjuntas o la vinculación mediante consejeros comunes. La adquisición de control de carácter horizontal, incluso entre pequeñas empresas, aunque no redundan necesariamente en perjuicio de la competencia en el mercado puede, sin embargo, crear unas condiciones que provoquen una nueva concentración de poder económico y situaciones de oligopolio.

117. Cuando la adquisición de control se efectúa mediante el establecimiento de una empresa conjunta, lo primero que hay que plantearse es si el acuerdo es del tipo de los que prohíbe el artículo 3 y si entraña acuerdos de reparto del mercado o puede dar lugar al reparto de las ventas y la producción.

118. Las adquisiciones de control de carácter vertical afectan a empresas que se encuentran en escalones diferentes del proceso de producción y distribución y pueden producir toda una serie de efectos perjudiciales. Por ejemplo, una empresa proveedora que se fusiona con una empresa cliente o adquiere su propiedad puede ampliar su control sobre el mercado al excluir un punto de distribución efectivo o potencial de los productos de sus competidores. Mediante la adquisición de una empresa de sus proveedores, una sociedad cliente puede asimismo limitar el acceso al mercado de los suministros de sus competidores.

119. Las adquisiciones conglomeradas de carácter heterogéneo que no consisten en la unión de competidores ni en el establecimiento de relaciones verticales son más difíciles de regular, ya que la estructura de la competencia en los mercados pertinentes puede no cambiar en apariencia. El elemento más importante que debe tomarse en consideración en este contexto es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo. Un incremento considerable de la fuerza financiera de la empresa fusionada puede proporcionar un margen más amplio de actuación e influencia frente a los competidores reales o potenciales de la empresa adquirente y de la empresa adquirida, especialmente si una de ellas o las dos gozan de

una posición dominante en el mercado. También pueden entrar en juego efectos de una gama o agregado de marcas y crear una restricción a la competencia, particularmente en las relaciones entre proveedores y distribuidores.

120. Adquisiciones de control de carácter transnacional. Toda fusión, absorción u otra adquisición de control en que intervenga una sociedad transnacional debe someterse en todos los países en que realice operaciones a un examen minucioso, pues esas adquisiciones de control, independientemente de que se efectúen exclusivamente dentro de las fronteras de un país o bien en el extranjero, pueden tener efectos directos o indirectos en las operaciones de otras unidades de la entidad económica, incluida la eliminación de un competidor potencial. En la Provincia china de Taiwán, la TFTC considera los factores siguientes al determinar las actuaciones en los casos de fusiones extraterritoriales:

- 1) El peso relativo de los efectos de la fusión sobre los mercados internos y externos pertinentes;
- 2) La nacionalidad, residencia y lugar de la actividad principal de las empresas que se juntan;
- 3) El carácter explícito del intento de afectar a la competencia en el mercado taiwanés y la previsibilidad de los efectos sobre la competencia en el mercado;
- 4) La probabilidad de crear conflictos con las leyes o políticas seguidas en los países donde estén domiciliadas las empresas que se combinan;
- 5) La viabilidad de aplicar las disposiciones administrativas;
- 6) El efecto de la aplicación sobre las empresas extranjeras;
- 7) Las disposiciones de convenciones y tratados internacionales, o de los reglamentos de organizaciones internacionales; y
- 8) Otros factores que considere importantes la TFTC.

Si ninguna de las empresas que se combinan en un caso de fusión extraterritorial cuenta con instalaciones de fabricación o presta servicios o tiene distribuidores, agentes u otros cauces sustanciales

de venta dentro del territorio de la Provincia china de Taiwán, no se aplicará la ley<sup>142</sup>.

121. En Australia, por ejemplo, se han adoptado disposiciones por las que se modifica la Ley de prácticas comerciales de 1986 con objeto de reformar y mejorar su eficacia, ampliando el ámbito de aplicación para que abarque las fusiones en el extranjero de empresas foráneas con filiales en Australia. El párrafo 1 del artículo 50 A) dispone que el Tribunal podrá, a petición del Ministro, de la Comisión o de terceros, declarar que la persona que, como consecuencia de una adquisición en el extranjero obtenga una participación mayoritaria (en el sentido del párrafo 8 del artículo 50 A)) en una o varias sociedades, domina o puede dominar un mercado importante de bienes y servicios en Australia, y causa o puede causar una merma sustancial de la competencia en un mercado sustancial de bienes y servicios y que tal adquisición no redundará en un beneficio público neto. La expresión "mercado sustancial de bienes y servicios" se usa para dejar claro que la disposición se aplica sólo a mercados de magnitud similar a aquéllos a los que se aplica el artículo 50<sup>143</sup>.

122. Las decisiones adoptadas por la Oficina Federal de Cárteles de Alemania en la fusión Bayer/Firestone, por los Estados Unidos<sup>144</sup> en la fusión Phillip Morris/Rothmans y por las autoridades francesas en el asunto Boeing/Jeppesen<sup>145</sup> constituyen ejemplos interesantes de medidas contra fusiones internacionales realizadas fuera de las fronteras de esos países pero con efectos en su territorio nacional. Nótese que existen varios casos de prácticas comerciales restrictivas que han tenido efectos en varios países y que, por consiguiente, diversas autoridades nacionales han tenido que conocer de ellos. Por ejemplo, en 1998 se notificaron a la Comisión Europea 14 asuntos de fusión de dimensión comunitaria que afectaban a varias autoridades nacionales de países de la CE. Cabe destacar especialmente las fusiones Gillete/Wilkinson y Boeing/McDonnell<sup>146</sup>.

123. La vinculación mediante consejeros comunes se produce cuando una persona es miembro de los consejos de administración de dos o más empresas o cuando representantes de dos o más empresas forman parte del consejo de administración de otra empresa. Este tipo de vinculación abarca los consejeros comunes a sociedades matrices, de una de ellas y de la filial de otra sociedad matriz o de filiales de matrices diferentes. Tales situaciones suelen obedecer a la propiedad común de acciones y a lazos financieros.

124. La vinculación mediante consejeros comunes puede afectar a la competencia de varias maneras. Puede dar lugar a un control administrativo a cuyo tenor las decisiones sobre inversión y producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas en materia de precios, reparto de mercados y otras actividades concertadas del tipo examinado en el artículo 3. La vinculación mediante consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades como, por ejemplo, entre proveedores y clientes, desalentar su expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos. Los vínculos entre los consejos de administración de empresas financieras y empresas no financieras pueden originar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores y actuar como catalizador de adquisiciones de control de carácter vertical horizontal o heterogéneo<sup>147</sup>.

125. Es importante señalar que la vinculación por medio de consejeros comunes, si no se controla eficazmente, puede utilizarse como medio de eludir toda legislación bien formulada y rigurosamente aplicada en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas<sup>148</sup>. Por consiguiente, los Estados tal vez deseen hacer obligatoria la notificación de las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación previa de ese tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo.

## CAPÍTULO VII

### *Relación entre la autoridad de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los sectoriales*

#### I. *Función que incumbe a la autoridad de defensa de la competencia en la regulación y reforma del marco normativo*

126. Toda regulación económica y administrativa por parte del poder ejecutivo central o local o de entidades que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a sectores que prestan servicios de infraestructura, debería someterse a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarse. Esto tendría sobre todo que ser así cuando la regulación limite la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos, cree condiciones, bien discriminatorias, bien por el contrario favorables

para la actividad de determinadas empresas -públicas o privadas- y dé o pueda dar lugar a una restricción de la competencia o a la vulneración de los intereses de compañías o ciudadanos.

127. En particular, los obstáculos a la competencia que figuren en la regulación económica y administrativa deberían evaluarse por las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluidas las razones de interés general.

## II. *Definición de regulación*

128. El término "regulación" se refiere a los diversos instrumentos de que se valen los gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación.

## III. *Definición de obstáculos a la competencia por parte de la regulación*

129. A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos, los obstáculos regulados a la entrada son el resultado de leyes promulgadas y actos realizados por el poder ejecutivo central o local y por organismos no gubernamentales o autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar actividades empresariales.

## IV. *Protección del interés general*

130. Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunos servicios suministrados por compañías privadas o públicas. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deberían establecerse en forma transparente.

131. La finalidad general y comúnmente admitida de la política de la competencia es reducir al mínimo las ineficiencias económicas creadas en los

mercados por comportamientos anticompetitivos<sup>149</sup>. La política de la competencia consiste no sólo en aplicar la legislación correspondiente, sino también en liberalizar y desregular el comercio en interés del bienestar del consumidor. La finalidad del derecho y la política de la competencia es regular los comportamientos no competitivos de las empresas, mientras que la desregulación tiene por objeto reducir al mínimo intervenciones del gobierno que produzcan una desorganización del mercado. Entre los posibles elementos del artículo 5 figuran cuatro definiciones que versan, respectivamente, sobre la función de la autoridad de defensa de la competencia, la definición de regulación, los obstáculos a la competencia por parte de la regulación, y la protección del interés general. En la India, por ejemplo, según la sección 49 de la Ley de 2002 sobre la competencia, "al formular una política de la competencia (incluido el examen de la legislación correspondiente), el Gobierno Central podrá pedir a la Comisión un dictamen sobre los posibles efectos de esa política, y una vez recibida esa petición, la Comisión dispondrá, de un plazo de 60 días para remitir al Gobierno el dictamen. Éste no tendrá carácter vinculante para el Gobierno Central. La Comisión hará lo necesario para promover el papel de la competencia, fomentar la conciencia de su importancia y dispensar una formación al respecto.

132. Toda regulación económica y administrativa por el poder ejecutivo central o local o de entidades que gozan de delegación gubernamental, especialmente cuando esa regulación se refiera a sectores en que se prestan servicios de infraestructura, debería estar sometida a un proceso de examen transparente por los organismos de defensa de la competencia antes de aprobarse, sobre todo cuando limite la independencia y la libertad de actuación de los agentes económicos, cree condiciones, bien discriminatorias, bien por el contrario favorables para la actividad de determinadas empresas -públicas o privadas- y dé o puede dar lugar a una restricción de la competencia o vulnere los intereses de compañías o ciudadanos.

133. En particular, los obstáculos a la competencia incorporados en la regulación económica y administrativa deberían evaluarse por las autoridades de defensa de la competencia desde una perspectiva económica, incluida las razones de interés general. Los elementos relativos al artículo propuesto plantean dos cuestiones, que requieren tratarse por separado.

1. ¿Por qué los gobiernos prestan particular atención a los resultados de determinadas actividades económicas?

134. Los gobiernos tienen tendencia a elaborar normas sectoriales amplias y completas aplicables en particular a importantes sectores de servicios de infraestructura. Estos sectores, denominados también "servicios públicos", comprenden actividades cuyo consumo es indispensable para los modos de vida modernos o que hacen aportaciones esenciales a la economía de una nación, como electricidad, gas, producción y abastecimiento de agua, gestión de desechos sólidos, telecomunicaciones, televisión por cable, distribución de correo y transporte público (por aire, carretera o ferrocarril)<sup>150</sup>.

135. Los gobiernos conceden gran importancia a los servicios de infraestructura, en los países tanto desarrollados como en desarrollo y en aquéllos con economías en transición, por cuatro razones principales. La regulación pública de su funcionamiento se distingue también de cuatro maneras de los sectores de la economía comunes y tradicionalmente competitivos: por el control de entrada, por la fijación de precios o topes de precios, y por la calidad y las condiciones de los servicios regulados.

136. La primera razón es que esos servicios son fundamentales para la economía, como proveedoras de insumos para todos los demás sectores. Las condiciones de su desempeño y su eficiencia no sólo pueden determinar la productividad general y el nivel de competitividad de un país sino también su orden social, e incluso su estabilidad política si los consumidores expresan una insatisfacción general. Del carácter esencial de esas actividades o servicios se deduce que con frecuencia tienen obligaciones de servicio público o universal, lo que significa que las compañías -públicas o privadas- tienen que prestar un determinado servicio aun cuando no sea económico para ellas hacerlo. Por lo tanto, las compañías que prestan servicios de infraestructura pueden no ser competitivas cuando existen restricciones reguladoras a la competencia en la actividad de que se trate. Las restricciones a la competencia se imponen por diversas razones, y en particular con el fin de que una compañía pueda hallar una fuente de ingresos para financiar actividades y servicios no comerciales impuestos. Por ejemplo, un operador postal nacional está protegido a menudo contra la competencia en el correo de cartas normales, lo que se justifica por la necesidad de proteger la subvención cruzada del

reparto de cartas en zonas de alto costo como las rurales. La consecuencia de esto es que la reforma de esos sectores, que son esenciales para la actividad de un país y están protegidos de la competencia por razones sociales y políticas, se ve a menudo muy politizada.

137. La segunda razón es que los servicios de infraestructura sólo pueden prestarse por un reducidísimo número de operadores a nivel nacional; en otros términos, la mayoría de los poderes públicos, como los órganos de gobierno local (por ejemplo, ayuntamientos, diputaciones provinciales, estados federados) han de afrontar un poder de negociación muy fuerte y concentrado. En muchos países, las administraciones centrales o locales han decidido asumir la propiedad directa de las compañías que prestan servicios de infraestructura.

138. La tercera razón, que está relacionada con la regulación y la competencia, es que en esas actividades existen frecuentemente muchos obstáculos a la entrada o la salida, como los costes incorporados, irrecuperables una vez efectuados. En particular, la secuencia de las operaciones reviste importancia para la regulación gubernamental: muchas veces los inversores que se comprometen en el mercado tienen que empezar por hacer cuantiosas inversiones y sólo después de varios años obtienen rentas o ingresos. Esto significa que para atraer a la inversión privada voluntaria, quienes establecen un régimen regulador han de hacerlo creíble y predecible. Esa preocupación por la credibilidad es compartida a menudo por las autoridades hacendísticas. Una de las tareas fundamentales del regulador es crear credibilidad y previsibilidad.

139. La cuarta y última razón de que los gobiernos concedan gran importancia a los servicios de infraestructura se debe a los efectos de la oferta, los costos y la demanda, dado que esos servicios no constituyen una sola actividad homogénea, sino que abarcan varios elementos distintos. Algunos no pueden tener competencia, por causa casi siempre de la existencia de economías de escala, con una situación en que una sola compañía de determinado sector puede atender más eficientemente la demanda del mercado que cualquier combinación de dos o más compañías. Cuando esa compañía no pueda tener competencia habrá que recurrir normalmente a un privilegio, o derecho exclusivo al uso de un bien público propiedad del gobierno, que debe concedérselo o arrendárselo. También cabe que una compañía que presta servicios de

infraestructura no pueda tener competencia debido a la presencia de "efectos de red" o "economías de escala en la demanda", es decir, cuando la demanda en los servicios de una compañía aumenta con el consumo de esos servicios<sup>151</sup>.

140. Desde la perspectiva particular de los países en desarrollo debe destacarse que la estructura del mercado origina muchas veces graves preocupaciones en cuanto al logro de una mayor eficacia mediante la reforma del marco normativo y la apertura de sectores regulados a la competencia.

141. Por ejemplo, se ha observado reciente y reiteradamente que en el proceso de reforma de los servicios públicos en América del Sur no se ha hecho una evaluación del mercado antes de la privatización de activos públicos en servicios de infraestructura. Las actividades reguladas y no reguladas que constituyen la estructura del mercado en general no se diferenciaban, debido a las intervenciones anteriores de los gobiernos<sup>152</sup>. Los países en desarrollo asiáticos están teniendo una experiencia similar al iniciarse un proceso de revisión de la regulación. Por ejemplo, un representante de Papua Nueva Guinea declaró recientemente que las restricciones impuestas por la regulación gubernamental o la propiedad estatal constituyen un impedimento a la competencia. En ese país, la regulación vigente se impuso cuando había mayor confianza en ella, pero se apreciaba menos su costo:

"Entre los ejemplos cabe mencionar monopolios legislados para empresas de servicio público, acuerdos de comercialización regulada para numerosos productos agrícolas y trámites de licencias para diversas ocupaciones y profesiones. El Grupo de Trabajo sobre Organismos Centrales hará un estudio de los obstáculos a la entrada.... Quizá sean necesarias reformas estructurales para dismantelar el excesivo poder de mercado que puede impedir la introducción de una competencia efectiva. Para que la privatización logre su objetivo de una mayor eficiencia, es importante realizar primero esas reformas estructurales, lo que requerirá una separación estructural en dos esferas: una separación de las funciones reguladas de las comerciales y una separación de los monopolios naturales de las actividades potencialmente competitivas."<sup>153</sup>

142. Los ejemplos ofrecidos por el funcionario de Papua Nueva Guinea muestran que las preocupaciones de los países en desarrollo son en

realidad muy similares a las de los países desarrollados. La regulación eficiente en los países desarrollados distingue tradicionalmente entre segmentos de red potencialmente competitivos y segmentos de producción y comercio minorista considerados generalmente monopolios naturales y no potencialmente competitivos. Los segmentos potencialmente competitivos comprenden, por ejemplo, las telecomunicaciones a larga distancia, la generación de electricidad y el transporte por ferrocarril. Los segmentos no potencialmente competitivos comprenden la red de transmisión de electricidad, las vías de ferrocarril y el bucle local de telecomunicaciones; con frecuencia siguen regulados tras haberse completado el proceso de reforma del marco normativo. Es evidente que la falta de separación efectiva da poder en el mercado a compañías que operan infraestructuras de redes. Ese poder, ejercido a expensas de otros operadores y consumidores, debería controlarse.

2. ¿Cuál debería ser la función de los organismos de defensa de la competencia en la regulación?

143. Desde el punto de vista de la estructura del mercado, habría que consultar a los organismos de defensa de la competencia cuando se esté llevando a cabo una reforma del marco normativo como parte de los programas de privatización. Esos organismos deberían recibir facultades legales para decidir la liquidación de los monopolios existentes o controlar o prohibir las fusiones que menoscaben la competencia del mercado. Si no reciben esas facultades, por ejemplo por falta de recursos humanos, deberían poder proponer medidas de liquidación o controles de fusión a un organismo ejecutivo que tuviera esas facultades<sup>154</sup>. Ahora bien, es evidente que el esquema dominante de la distribución de funciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores rara vez consiste en que los primeros sustituyan simplemente a los segundos.

144. No obstante, es interesante examinar la actual relación entre los organismos de defensa de la competencia y los reguladores sectoriales en la mayoría de los países miembros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). Un estudio de esas relaciones muestra que el proceso competitivo puede fomentarse apropiadamente mediante la intervención de los organismos de defensa de la competencia cuando las sociedades de un sector regulado abusan de sus privilegios en detrimento de los intereses del consumidor y de la eficiencia de las empresas que utilizan sus servicios regulados. La experiencia en materia de regulación

de la mayoría de los países desarrollados permite cuatro observaciones principales.

145. En primer lugar, en los países de la OCDE y en aquéllos en desarrollo, hay regímenes de regulación específicos en muchos sectores; esos regímenes son particularmente comunes en sectores como telecomunicaciones, electricidad, ferrocarriles y gas natural. Sin embargo, esos regímenes también se encuentran en sectores como radiodifusión y televisión, aviación civil, televisión por cable, navegación de altura, productos farmacéuticos, minerales radiactivos, bebidas alcohólicas, seguros, banca, transporte interurbano en autobús, camiónaje y abastecimiento de agua, así como en muchos otros sectores.

146. En segundo término, en diferentes países o a veces incluso dentro de un mismo país, no hay un modelo único de relación entre los reguladores específicos de determinados sectores y los organismos de defensa de la competencia. En ocasiones, los órganos reguladores pueden encargarse de hacer aplicar las normas sobre la competencia en los sectores de que se ocupan. Por ejemplo, ese es el caso de Colombia, donde los reguladores de la energía y el gas, las telecomunicaciones, el agua, los servicios públicos y la banca se encargan cada uno de ellos de hacer aplicar las normas sobre la competencia en sus sectores, al tiempo que la autoridad encargada de la defensa de la competencia únicamente se encarga de hacerlas aplicar en los sectores no regulados. Sin embargo, un modelo particular -el método de la división del trabajo según las atribuciones- parece ser algo más común que los demás. Es evidente, al menos, que los reguladores sectoriales deberían estar separados de las empresas o entidades reguladas, asumir obligaciones en materia de responsabilidad y ser independientes respecto del poder ejecutivo. Asimismo, deberían introducirse cambios institucionales para garantizar su independencia. Como han señalado recientemente de manera reiterada funcionarios de la República de Corea, dado que la aplicación específica del derecho y la competencia en determinados sectores puede caracterizarse por incongruencias, los reguladores deberían consultar primero a los organismos de defensa de la competencia y actuar en coordinación con ellos<sup>155</sup>.

147. En tercer lugar, en los países que hicieron la desregulación algo antes que los demás, se siguió al parecer un método bastante pragmático, que difiere empíricamente entre los distintos sectores. Los países que liberalizaron algo más tarde

parecen haber aplicado un método más sistemático, pero los que lo hicieron antes también tuvieron en ocasiones que proceder a racionalizar ulteriormente sus sistemas reguladores. Por ejemplo, en Alemania la Ley de la industria de la energía, de 1º de julio de 2005, establece una reglamentación general de la red de suministro con el fin de mejorar la competencia en el suministro dentro del sector de la energía (principalmente los mercados de la electricidad y el gas). El Organismo Federal de la Red regula el acceso no discriminatorio de terceros a la red y supervisa las tarifas establecidas para la utilización del sistema, al tiempo que las autoridades encargadas de velar por la competencia se ocupan de controlar los abusos en los mercados de materias primas y productos elaborados, así como de adoptar medidas en relación con los cárteles y las fusiones.

148. Por último, la terminología utilizada varía mucho de un país a otro. Algunos países distinguen entre regulación técnica, regulación económica y aplicación del derecho de la competencia, pero a veces la "política de la competencia" parece estar incluida en la "regulación económica". En algunos países de la OCDE también parece haber una tendencia a utilizar indistintamente "regulación económica" y "regulación técnica",

## II. Definición de regulación

Por "regulación" se entiende los diversos instrumentos de que se valen los gobiernos para prescribir normas a empresas y ciudadanos. Abarca, pues, leyes, decretos, reglamentos, órdenes, orientaciones administrativas y normas subsidiarias de todos los niveles de la administración, así como normas de organismos no gubernamentales o profesionales autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación.

La regulación puede perseguir distintos tipos de objetivos. La regulación económica, la regulación social y la regulación administrativa son las tres principales categorías de intervención estatal que pueden influir en el mercado. La económica comprende las condiciones establecidas por el Estado que influyen directamente en las decisiones del mercado, como la fijación de precios, la competencia, la entrada en los mercados y la salida de ellos. La regulación social son las condiciones que dicta el Estado para proteger intereses públicos tales como la salud, la seguridad, el medio ambiente y la cohesión social. La regulación administrativa consiste en los trámites y formalidades que permiten que los gobiernos alleguen información e intervengan en las distintas decisiones económicas. Cuando elaboren sus principios de regulación

debería darse a las autoridades de defensa de la competencia, oportunidad de evaluar los posibles efectos de la regulación prevista teniendo en cuenta los principios de eficiencia (véase el recuadro 13).

### III. Definición de obstáculos a la competencia por parte de la regulación

A diferencia de los obstáculos estructurales y estratégicos, los obstáculos regulados a la entrada son el resultado de leyes promulgadas y actos realizados por el poder ejecutivo central o local y por organismos no gubernamentales o autónomos en los que los gobiernos hayan delegado facultades de regulación. Comprenden los obstáculos administrativos a la entrada en un mercado, derechos exclusivos, certificados, licencias y otros permisos para iniciar actividades empresariales.

149. Los obstáculos a la competencia por parte de la regulación consisten en medidas de las administraciones públicas (administración central o federal y local) o por organismos en los que se hayan delegado funciones, que impiden o entorpecen una competencia eficaz y, en última instancia, provocan una pérdida de bienestar. Esas medidas se encuentran en actividades tan diversas como las telecomunicaciones, los servicios financieros (banca y seguros), los servicios profesionales (contabilidad, abogacía, arquitectura, etc.), y el sector energético (electricidad y gas), como pone de manifiesto una abundante literatura<sup>156</sup>. Estas medidas, que pueden afectar negativamente a la entrada en el mercado, a la

salida de él y a su funcionamiento, adoptan una gran variedad de formas:

- Restricciones a la competencia, es decir, introduciendo normas y pautas inhabituales que equivalen a obstáculos a la entrada en el mercado o impiden que las empresas extranjeras compitan en el mercado nacional;
- Eliminación o elusión de la competencia mediante la exclusión de ciertas actividades del alcance y ámbito de aplicación de las leyes de defensa de la competencia<sup>157</sup>; y
- Creación de distorsiones a la competencia, como intervenciones artificiales del poder ejecutivo que cambian la posición competitiva de determinadas empresas (por ejemplo, mediante decisiones arbitrarias en materia de compras del sector público).

150. Los obstáculos a la competencia derivados de la regulación no sólo guardan relación con la entrada en el mercado, sino que también pueden impedir la salida de él, por ejemplo mediante subvenciones públicas u otorgamiento o prórrogas de derechos exclusivos. Además, pueden dificultar la transferencia de recursos de un sector o segmento del mercado a otros. Son obstáculos a la movilidad hacia sectores o segmentos más eficientes y al final reducen la eficiencia de la asignación de recursos.

#### RECUADRO 13

##### Principios de eficiencia para eliminar los obstáculos a la competencia por parte de la regulación

En los procesos nacionales de regulación social y económica y de establecimiento de formalidades administrativas deberían figurar principios de eficiencia. Son particularmente útiles para la integración económica regional. Esos principios son:

- *La no discriminación, especialmente en materia de normas.* Debería haber igualdad de oportunidades en la competencia entre los productos y servicios similares, sin que importe el país de origen. Como base de la regulación técnica deberían aplicarse normas de eficacia y no normas de diseño; en vez de la regulación deberían utilizarse los impuestos o los permisos canjeables. De proceder y ser factible, deberían aplicarse medidas internacionalmente armonizadas como base de la reglamentación nacional.
- *Reconocimiento de la equivalencia de las medidas reguladoras de otros países.* Cuando no sea posible, necesario o conveniente aplicar medidas internacionalmente armonizadas, los efectos negativos en los mercados transnacionales de las disparidades en la regulación y de los sistemas duplicativos de conformidad podrán reducirse reconociendo la equivalencia de las medidas reguladoras de los países con los que se comercia o la evaluación de conformidad hecha en otros países.

Fuente: OCDE, *Report on Regulatory Reform*, París, 1997.

#### IV. *Protección del interés general*

151. Con independencia de su naturaleza y de su relación con el mercado, los gobiernos pueden considerar de interés general algunos servicios suministrados por compañías privadas o públicas. En consecuencia, los proveedores de servicios de interés general pueden estar sometidos a obligaciones específicas, como garantizar el acceso universal a diversos tipos de servicios de calidad a precios razonables. Esas obligaciones, que corresponden a la esfera de la regulación social y económica, deberían establecerse en forma transparente.

152. En la elaboración de su sistema de regulación, varios países han definido la necesidad de preservar un "interés" general o público, que por lo general se delega en diversos tipos de autoridades o entidades públicas. Entre esas entidades, la administración local puede participar de varias maneras en el funcionamiento del mercado. Por consiguiente, la interacción de la regulación y la competencia debe comprender un análisis del papel que desempeñan los gobiernos locales<sup>158</sup>.

##### 1. ¿Cómo se relaciona la protección del "interés general" con la regulación?

153. La protección del interés general suele ser la característica más frecuente de la regulación. En los casos en que se ha reconocido que la libre competencia no puede dar o no da suficientes resultados en lo que respecta a calidad, regularidad, accesibilidad financiera, cobertura territorial y seguridad de servicios de interés general, aspectos todos ellos proporcionados generalmente por las compañías que prestan servicios de infraestructura, debería permitirse que los gobiernos impusieran reglas no

discriminatorias y transparentes a todos los operadores del mercado, obligándolos a cumplir ciertas normas durante todo el tiempo que estén operando en el mercado. Esta forma de garantizar los servicios de interés económico general, que favorece la competencia, ha sido objeto de una investigación y un estudio pormenorizado en la Unión Europea, en relación con la legislación destinada a liberalizar diversos sectores de la economía<sup>159</sup>.

##### 2. Regulación, competencia y gobiernos locales

154. En los Estados caracterizados por una marcada división federal de poderes entre las autoridades del Estado federal y los estados federados o las autoridades regionales, los operadores han invocado muchas veces las regulaciones locales para defenderse de la aplicación del derecho de la competencia. Las empresas pueden tratar de obtener regulaciones especiales o incluso subvenciones de las autoridades locales. En la reforma de la regulación que se llevó a cabo en varios Estados miembros de la OCDE, entre ellos México y España, se puso muchas veces de relieve que esas regulaciones locales que impiden el comercio entre regiones o estados de un mismo país deben someterse ciertamente al control de las autoridades centrales federales de defensa de la competencia<sup>160</sup>. El Tratado de la Unión Europea somete en ciertas condiciones tanto a las empresas con derechos especiales o exclusivos como a las que se benefician de subvenciones estatales, regionales o locales al control y supervisión de la Comisión de la Unión Europea encargada de aplicar las normas sobre competencia. Vale la pena estudiar este sistema porque trata diversas cuestiones relacionadas con la integración económica regional y la interacción entre regulación y competencia (véase el recuadro 14).

## RECUADRO 14

**El examen por las autoridades regionales de las normas en materia de competencia:  
los instrumentos de la Unión Europea**

La Unión Europea es una creación reciente que se constituyó por el Tratado de Maastricht firmado el 7 de febrero de 1992. Sin embargo las principales normas europeas sobre la competencia quedaron establecidas mucho antes en el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 por el que se creó la Comunidad Económica Europea, ahora llamada la Comunidad Europea, que es parte integrante de la Unión Europea. El Tratado de Maastricht ha sido modificado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, y más recientemente por el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 que entró en vigor el 1º de febrero de 2003 y que tuvo por resultado que se cambiara el orden de numeración de todas las disposiciones originales del Tratado de Roma, entre ellas las relativas a la competencia.

En 1957 el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), denominado Tratado de Roma, decía en su artículo 3 g) que la Comunidad debía establecer y mantener "un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común". La referencia explícita a las normas sobre competencia en la constitución de la CE ha tenido un efecto importante y duradero en el proceso de adopción de decisiones de la Comisión, el Tribunal de Primera Instancia (Tribunal de Apelación de las decisiones de la Comisión, en particular tratándose de la aplicación de las leyes sobre competencia) y el Tribunal de Justicia Europeo (Tribunal Supremo Europeo), que han interpretado varias veces las normas sobre la competencia basándose en el artículo 3 g) a la luz de todas las disposiciones del Tratado Europeo.

En la actualidad, las normas de competencia de la Unión Europea figuran en las disposiciones de los artículos 31 (antiguo art. 37), 49 a 55 (antiguos 59 a 66) y 81 a 90 (antiguos art. 85 a 94). Como veremos más adelante, en lo que respecta a la regulación y desregulación, debe prestarse especial atención a los artículos 86 y 95.

*Principios de integración del mercado*

Muchas veces se olvidan los artículos 31 y 49 a 55 al exponer los principios que rigen la competencia en la Unión Europea, ya que la integración del mercado debe considerarse como complementaria de las disposiciones sobre competencia que figuran en los artículos 81 a 90 y que están encaminadas a crear un entorno competitivo en el Mercado Único europeo. Los artículos 31 y 49 a 55 se refieren respectivamente a la regulación de los monopolios nacionales, la libre prestación de servicios y las regulaciones nacionales que limitan la libre prestación de esos servicios: una empresa manufacturera o que preste servicios de infraestructura puede encontrar que no es capaz de competir en un mercado por muchas razones, aparte del comportamiento anticompetitivo real de sociedades privadas o públicas, por ejemplo porque una regulación nacional discrimina contra los operadores no nacionales o les cierra el mercado interior. Además, puesto que las compras del sector público representan hasta un 11% del PIB de la Unión Europea, por iniciativa de la Comisión el Consejo de Ministros de la Unión ha dictado también una serie de "directivas" para las compras del sector público de los Estados miembros que pueden discriminar a empresas establecidas en otros Estados; esas directivas tienen por objeto abrir esas compras a licitaciones competitivas paneuropeas.

Los artículos 81 a 90 del Tratado de Roma son más conocidos que la mayoría de los demás, aunque mucha gente presta sobre todo atención a los artículos 81 y 82, que contienen las disposiciones sobre posición dominante y que son el equivalente europeo de los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman de los Estados Unidos. Esos artículos 81 y 82 se aplican sobre todo al comportamiento anticompetitivo de las empresas privadas.

*Regulación de las infraestructuras*

Por lo que atañe a la relación entre política de la competencia y regulación sectorial, el artículo 82, aplicado de consuno con el artículo 86, se ha usado para reprimir el comportamiento anticompetitivo de las empresas -de propiedad tanto privada como pública- que prestan servicios de infraestructura. Se puede considerar el artículo 86 como elemento clave para reforzar la integración del Mercado Único en tales servicios. En la Unión Europea, el modelo de regulación se rige sobre todo por las disposiciones del artículo 86 (antiguo artículo 90) del Tratado de Roma modificado, que define el principio de liberalización. La aplicación de ese artículo concierne a la Comisión. Conforme a sus disposiciones, el derecho de la competencia de la Unión Europea se aplica a las empresas públicas, así como a las empresas que disfrutaban de derechos especiales o exclusivos (es decir, que disfrutaban de una situación legal de monopolio para desempeñar una actividad al servicio del "interés económico general"): en relación con esas empresas, sean públicas o privadas, los Estados miembros no pueden otorgar derechos ni mantener regulaciones

("medidas" en el lenguaje de la Unión Europea) que puedan impedir la aplicación de las normas sobre competencia prescritas en el Tratado. El principio enunciado en el artículo 86, que se basa en la competencia, es fortalecer la integración económica europea suprimiendo los derechos concedidos a los monopolios mientras esa supresión no entre en conflicto con los compromisos asumidos por los Estados miembros y la Comunidad Europea respecto de servicios de interés económico general.

Por ello, la Comisión de la Unión Europea encargada de aplicar el Tratado ha aprobado durante el último decenio una serie de decisiones y regulaciones que eliminan las barreras legales a la entrada en los sectores de servicios de infraestructura de los Estados miembros, al tiempo que amplían la aplicación de las normas sobre competencia para abarcar las empresas que actúan en esos sectores, siempre que no resulte afectado el interés general.

Para definir lo que entiende por "interés general", la Comisión ha explicado en sus Directivas de 1996 que esta ampliación de las normas sobre competencia no sería contraria a las obligaciones de interés público prescritas por las autoridades a las entidades -públicas o privadas- que prestan servicios, con miras a proteger la cohesión económica y social, el medio ambiente, la planificación y la promoción de los intereses de los consumidores y el aprovechamiento de la tierra.

Además, el principio de apertura a la competencia o la "liberalización" en que se basa el artículo 86 queda complementado por el principio de "armonización" que configura el largo y complejo procedimiento previsto en el artículo 95 (antiguo artículo 100-A) del Tratado. Las disposiciones del artículo 95 tienen por objeto unificar las leyes de los Estados miembros o, en otras palabras, "armonizar" esas leyes arbitrando procedimientos a cuyo tenor tanto la Comisión como el Consejo de Ministros de la UE pueden adoptar "directivas" que obligan a los Estados Miembros a suprimir barreras a la construcción y la integración del Mercado Interno.

De manera más específica, en el caso de los servicios de infraestructura, este principio de armonización implica que la Comisión puede proponer al Consejo de Ministros las condiciones en que los Estados miembros deben concordar o "armonizar" sus regímenes reguladores sectoriales a fin de adelantar la integración del Mercado Europeo. Si bien la aplicación del artículo 86 parece constituir sobre todo una reacción *ex post* ante el comportamiento individual de Estados o empresas que disfrutaban de derechos especiales o exclusivos según los distintos casos, la aplicación del artículo 95 es más dinámica y *ex ante*: tiende a organizar un marco armonizado de normas reguladoras a fin de garantizar la seguridad en el Mercado Interno de empresas e inversores, así como de unificar de manera efectiva el Mercado Único en favor de las empresas que prestan servicios de infraestructura.

#### *Subvenciones públicas*

Y por último, debe ponerse de relieve el hecho de que los artículos 87 a 89 otorgan a la Comisión facultades para tratar de las ayudas otorgadas por los Estados que pueden distorsionar la competencia en el Mercado Único europeo. Es ésta una característica sin igual en el mundo de las autoridades reguladoras de la competencia, al conferir a un organismo un instrumento muy poderoso para prohibir a los Estados que incumplan la norma de la competencia. Aun cuando las excepciones son aceptables, la Comisión las vigila de manera pública y transparente y ha sentado una importante jurisprudencia sobre el particular.

En el párrafo 1 del artículo 87 se dispone que "salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones". Sin embargo, en el párrafo 3 del mismo artículo se deja a discreción de la Comisión la posibilidad de analizar o autorizar otras ayudas, por ejemplo las destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, o las ayudas para fomentar la organización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro, al igual que en el párrafo 2 se especifica que las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, o destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional, son compatibles con el Mercado Común.

En lo que respecta a las ayudas del Estado, el artículo 89 reviste también interés porque se refiere a cuestiones de procedimiento que se examinarán con cierto detalle en la sección siguiente. Conforme a este artículo, la Comisión puede adoptar una decisión -publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*- acerca de que la ayuda otorgada por un Estado es incompatible con el Mercado Común y debe suprimirse o modificarse. Si el Estado miembro no cumple esa decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado miembro podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia Europeo, según un procedimiento simplificado y acelerado. También cabe entonces solicitar el reembolso de las ayudas atribuidas indebidamente. Además, antes de concederse las ayudas, los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas deben notificarse a la Comisión con antelación suficiente para que ésta pueda presentar sus

observaciones, y las ayudas no han de hacerse efectivas hasta que la Comisión no haya tomado una decisión. En otras palabras, el Tratado de Roma ha tenido que organizar una transferencia considerable de soberanía para resolver los problemas suscitados por la participación directa del Estado en la economía. Y la entrada en vigor en 1999 de una reglamentación procesal sobre las ayudas otorgadas por los Estados ha sido un logro notable y reciente. Esa disposición codifica las normas de procedimiento y las hace transparentes, aumentando así la seguridad jurídica. La Comisión puede realmente obligar a los Estados miembros a que exijan la devolución provisional de toda ayuda concedida ilegalmente. También fija plazos para las decisiones sobre ayudas otorgadas por el Estado. Se están preparando otras mejoras, tales como las regulaciones de las exenciones en bloque, un registro público y un cuadro indicativo en el que se recojan las medidas adoptadas por los Estados miembros en materia de ayudas estatales, añadiendo así la presión de los demás países a los instrumentos de aplicación de las normas

*Fuente:* Comisión de la Unión Europea.

## CAPITULO VIII

### *Aspectos posibles de protección del consumidor*

En algunos países, la legislación sobre protección del consumidor es independiente de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas.

### **COMENTARIOS AL CAPÍTULO VIII Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES**

#### *Aspectos posibles de protección del consumidor*

155. En algunos países, la legislación sobre protección del consumidor es independiente de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas.

156. Sin embargo, en algunos países como Australia, Francia, Hungría y Polonia, la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas contiene un capítulo dedicado a la protección del consumidor. No cabe duda de que las cuestiones de la competencia están estrechamente relacionadas con la protección de los intereses económicos de los consumidores. Así ocurre también, por ejemplo, en Lituania y Venezuela, donde las leyes sobre la competencia contienen disposiciones sobre las "prácticas comerciales desleales". En el Canadá, en la Ley de la competencia figuran normas sobre publicidad engañosa y prácticas de comercialización falaces para que los consumidores tengan una información básica uniforme y exacta sobre algunos productos de consumo y se eviten así las presentaciones capciosas o falsas. En la versión de 1984 de los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo de la UNCTAD, que figura en el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, se enumeraban algunos elementos que podían examinar los Estados con miras a su inclusión en sus leyes sobre las prácticas restrictivas de la

competencia. No obstante, la actual tendencia de los países que adoptan ese tipo de normativa legal parece ser la promulgación de dos leyes distintas, una sobre prácticas comerciales restrictivas o libre competencia y la otra sobre protección del consumidor. Ahora bien, habida cuenta de los vínculos entre ambos tipos de leyes, la aplicación de esa normativa legal a menudo se encomienda al mismo organismo. Así ocurre, por ejemplo, en Argelia, Australia, Colombia, Costa Rica, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Nueva Zelandia, Panamá, el Perú, Polonia, el Reino Unido y Sri Lanka, y también en Italia, al menos en cierta medida. En el Canadá, las atribuciones en materia de protección del consumidor y de competencia se hallan divididas entre el gobierno federal, los ministerios provinciales y los gobiernos territoriales. El gobierno federal legisla sobre comercio interprovincial y dicta normas nacionales para garantizar un mercado justo, eficiente y competitivo. Los gobiernos provinciales y territoriales tienen la responsabilidad de legislar sobre asuntos contractuales que se refieran a la venta y compra de bienes y servicios. En Estonia se distingue entre las leyes que protegen a los consumidores y el organismo que se encarga de su aplicación por un lado, y la legislación sobre la competencia y el organismo correspondiente, por el otro. Sin embargo, la Ley de la competencia de ese país contiene disposiciones sobre prácticas comerciales desleales, si bien la existencia o ausencia de tales prácticas se dilucidará en un juicio entre las partes de conformidad con el procedimiento civil. En Zambia, la legislación sobre protección del consumidor figura en la sección 12 de la Ley sobre la competencia. Sin embargo, no trata de cuestiones relativas al bienestar de los consumidores como la salud pública, las normas, las ventas y el derecho de arrendamiento. Por tanto, al aplicar la legislación sobre protección del consumidor, la Comisión de

la Competencia trabaja estrechamente con otros organismos como las autoridades locales, la Oficina de Normas y el Servicio de Salud Pública.

157. Es importante asimismo tener en cuenta la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre protección del consumidor<sup>161</sup>, aprobada en 1995, que contiene directrices detalladas sobre esta cuestión. Tales directrices comprenden, en particular, medidas dedicadas a promover y proteger los intereses económicos de los consumidores y normas sobre seguridad y calidad de los bienes y servicios de consumo; sistemas de distribución de los productos esenciales; medidas que permiten a los consumidores obtener compensación; programas de educación e información; etc. En este contexto, las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor se refieren explícitamente al Conjunto de principios y normas para el control de las prácticas comerciales restrictivas y recomiendan que los gobiernos elaboren, refuercen o mantengan medidas para combatir las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como los oportunos arbitrios para hacer efectivas esas medidas<sup>162</sup>.

## CAPÍTULO IX

### *El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización*

1. Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley y su denominación.
2. Composición del organismo, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento.
3. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.
4. Duración del mandato del presidente y demás miembros del organismo, por un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.
5. Destitución de los miembros del organismo.
6. Posible inmunidad penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.
7. Nombramiento del personal necesario.

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO IX Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

### *El organismo encargado de la aplicación de la ley y su organización*

1. Creación del organismo encargado de la aplicación de la ley y su denominación.

158. El Conjunto de Principios y Normas dice en el párrafo 1 de su sección E que los Estados deberían adoptar, mejorar y poner en vigor de manera efectiva la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados en esta esfera. Las leyes y reformas legislativas promulgadas recientemente en distintos países ponen de manifiesto la tendencia a crear nuevos organismos de control de las prácticas comerciales restrictivas o a modificar los existentes para conferirles mayores facultades y más eficiencia en su funcionamiento.

159. En algunos casos se ha procedido a refundir distintos organismos en uno solo, facultado para ejercer todas las funciones en materia de prácticas comerciales restrictivas, protección del consumidor o derecho de sociedades. Así ocurre, por ejemplo, en el Pakistán, donde el Gobierno decidió crear un organismo público para aplicar la Ley sobre los monopolios y otras disposiciones mercantiles<sup>163</sup>. Lo mismo puede decirse de Colombia<sup>164</sup> y el Perú<sup>165</sup>.

2. Composición del organismo, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluida la autoridad encargada de su nombramiento.

160. No es posible indicar cuál debería ser el organismo apropiado. Tampoco es posible señalar de qué modo debería encuadrarse en el aparato administrativo o judicial de un país determinado. Se trata de una cuestión que debe ser decidida por cada país. La presente ley tipo se ha formulado en el supuesto de que la solución administrativa más eficiente probablemente sería un organismo público cuasi autónomo, con amplias facultades judiciales y administrativas para realizar investigaciones, adoptar decisiones, aplicar sanciones, etc., sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a un organismo judicial superior. Obsérvese que en la mayoría de los organismos creados en los últimos años (generalmente en países en desarrollo y en transición) existe la tendencia a concederles la mayor independencia administrativa posible. Esta característica es muy

importante porque protege a esos organismos de la influencia política. Por ejemplo, en las últimas reformas de la legislación de Argelia tendientes a reforzar las capacidades y la competencia de la Junta de la Competencia en su calidad de principal regulador del mercado, se dota a ésta de autonomía administrativa y financiera y de personalidad jurídica, se refuerzan sus facultades para ocuparse de casos y se amplía el ámbito en el que puede intervenir con carácter consultivo, particularmente mediante nuevas disposiciones que le permiten cooperar e intercambiar información con reguladores sectoriales y organismos extranjeros encargados de velar por la competencia.

161. El número de miembros del organismo varía según los países. En algunas legislaciones no es fijo y puede oscilar entre un mínimo y un máximo, como en Suiza y la India. Otros países señalan en su legislación el número exacto, por ejemplo Argelia, Argentina, Brasil, Bulgaria, Côte d'Ivoire, Costa Rica, Federación de Rusia, Hungría, Malta, México, Panamá, Perú, Portugal y República de Corea. En las últimas reformas legislativas de Argelia se reduce el número de miembros de la Junta de 12 a 9, de los que 2 son jueces y los otros 7 miembros no permanentes se eligen teniendo en cuenta su relevancia y aptitudes en los ámbitos del derecho, la economía, la competencia, la distribución o el consumo. Otros países, como Australia, dejan que el organismo competente determine libremente el número de sus miembros. En muchos, la ley prevé la libre designación del presidente y los miembros de la Comisión por las autoridades superiores. En otros, la ley designa a un alto funcionario de la administración para que ocupe el cargo. En la Argentina, el Presidente de la Comisión es un Subsecretario de Comercio y los miembros son nombrados por el Ministro de Economía<sup>166</sup>. En algunos países, como la India, Malta y el Pakistán, la publicación de los nombramientos en los boletines oficiales es obligatoria. Algunas legislaciones establecen la estructura interna y el funcionamiento del organismo, así como su reglamento, mientras que otras dejan que esos detalles los decida el organismo mismo<sup>167</sup>. En Chile, tanto la Comisión Resolutiva como las comisiones preventivas están integradas por cinco miembros (Véanse los artículos 7, 10 y 16 del Decreto-ley N° 211).

162. En algunos países se observa una tendencia a un cambio parcial o total en lo que se refiere al origen de los miembros de los organismos nacionales de control de las prácticas comerciales

restrictivas. Así sucede en Chile, donde con arreglo a la legislación anterior los miembros de la Comisión Resolutiva eran fundamentalmente funcionarios de la Administración Pública mientras que, actualmente, también ocupan tales cargos representantes de la Universidad<sup>168</sup>. Ésta es, en efecto, una manera de lograr un equilibrio entre materias jurídicas y económicas. También cabe destacar que en las Comisiones Preventivas hay un representante de las juntas de vecinos de la ciudad principal de la región de que se trate, que es la voz de los consumidores.

3. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.

163. Varias leyes determinan las condiciones que debe reunir una persona para poder ser miembro del organismo. En el Perú, por ejemplo, los miembros de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia han de tener un título profesional y diez años al menos de experiencia en su especialidad. En el Brasil, los miembros del Consejo de Protección Económica Administrativa se eligen entre ciudadanos destacados por sus conocimientos jurídicos y económicos y su intachable reputación<sup>169</sup>. En Chile, el Fiscal Nacional Económico debe ser abogado y tener diez años de ejercicio profesional o tres años de antigüedad en el servicio. El subfiscal, por su parte, también debe tener el título de abogado y una experiencia profesional mínima de cinco años o especialización en áreas afines a las funciones de la fiscalía.

164. En varios países, la legislación dispone que los intereses de esas personas no deben estar en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar. En la India, por ejemplo, los miembros del organismo no deben tener intereses financieros o de otra índole que puedan ir en detrimento de sus funciones. En Alemania, los miembros no deben ser propietarios, ni presidentes o miembros del consejo de administración o de vigilancia de ninguna empresa, de un cártel o de una asociación comercial, industrial o profesional. En Hungría, el Presidente y los vicepresidentes del Consejo de la Competencia -al igual que sus miembros y funcionarios civiles- sólo pueden desarrollar como actividades lucrativas las que tengan fines científicos, docentes, artísticos, creativos y de invención, así como actividades de revisión lingüística y editorial derivadas de relaciones contractuales, y no pueden ocupar altos cargos en una empresa ni ser miembros de un consejo de vigilancia o de administración<sup>170</sup>. En la

normativa italiana y mexicana figuran disposiciones similares. En Chile, se establece que las personas que prestan servicios a la Fiscalía Nacional Económica no podrán prestar servicios como trabajadores dependientes o ejercer actividades como personas naturales o jurídicas que pudieran ser objeto de la acción de la Fiscalía Nacional Económica. Además, todos los integrantes de las comisiones, cualquiera que sea la calidad en que actúen, así como los consultores o asesores que perciben honorarios de la Fiscalía Nacional Económica, se consideran empleados públicos para todos los efectos legales<sup>171</sup>.

4. Duración del mandato del presidente y demás miembros del organismo por un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.

165. La duración del mandato de los miembros del organismo encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En la actualidad, el mandato de los miembros es en Australia e Italia de siete años, en Hungría de seis, en Argelia y Panamá de cinco, en la Argentina de cuatro, en México de diez, y en Bulgaria y el Pakistán de cinco años. En el Canadá, el Comisario de la Competencia es el jefe de la Oficina de la Competencia y tiene un mandato de cinco años. En Lituania, la ley establece una duración de tres años. En el Brasil es de dos años y en otros países como el Perú y Suiza la duración es indefinida. En muchos países, como la Argentina, Australia, el Canadá, la India, la República de Corea y Tailandia, existe la posibilidad de renovar el nombramiento de los miembros, pero en el caso del Brasil sólo por una vez. En el Reino Unido, la duración del mandato de los miembros encargados de la aplicación de la ley varía entre la Comisión de la Competencia y el organismo de aplicación (DGFT) y no está todavía clara cual será la posición respecto de los miembros de la Junta (OFT) que empezarán a desarrollar sus funciones en el año 2003<sup>172</sup>. En Australia, los miembros de la Comisión son nombrados por cinco años y pueden ser reelegidos. En Chile, los integrantes de las comisiones durarán dos años en sus cargos. En caso de impedimento serán reemplazados por un miembro suplente.

5. Destitución de los miembros del organismo.

166. La legislación de varios países indica cuáles son las autoridades competentes para destituir de su cargo a todo miembro del organismo encargado de la aplicación de la ley que haya realizado determinados actos o haya incurrido en

inhabilitación para desempeñarlo. Por ejemplo, la incapacidad física es causa de destitución en la India, la República de Corea y Tailandia; la quiebra, en Australia, la India y Tailandia; en México<sup>173</sup> sólo pueden ser destituidos "por causa grave debidamente justificada"; el incumplimiento de las obligaciones asumidas es un motivo en la Argentina y Australia; y el abandono de funciones, en Australia. Otra causa de destitución es una sanción disciplinaria o el despido justificado, por ejemplo, en Hungría<sup>174</sup>, o una pena de prisión, como en Tailandia. En la República Popular de China, se procesará, por incurrir en responsabilidad penal, al funcionario del organismo estatal encargado de controlar e investigar las prácticas de competencia desleal que actúe indebidamente por consideraciones personales e intencionadamente proteja a un empresario para que no sea investigado, a sabiendas de que ha contravenido las disposiciones de la ley china, incurriendo en delito<sup>175</sup>. El procedimiento de destitución de los miembros varía según los países. En Panamá, las autoridades de la agencia podrían ser designadas por el poder ejecutivo, y ratificadas por el poder legislativo, entre listas de candidatos presentadas por distintas representaciones de la sociedad civil (universidades, colegios profesionales de economistas y abogados, gremios empresariales, etc.), para un período concurrente con el del poder ejecutivo. La destitución o remoción podría sujetarse, previo informe favorable del poder judicial, a:

- i) Incapacidad permanente para cumplir sus funciones;
- ii) Declaratoria de quiebra o insolvencia manifiesta;
- iii) Haber sido condenado por delitos contra el patrimonio, la fe pública o la administración pública;
- iv) Negligencia reiterada en el desempeño de sus funciones<sup>176</sup>.

6. Posible inmunidad penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.

167. Para proteger a los miembros y funcionarios del organismo encargado de la aplicación de la ley contra todo proceso criminal o demanda civil se les puede conceder la inmunidad en el desempeño de sus funciones. En el Pakistán, por ejemplo, el organismo o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de inmunidad frente a cualquier

acción civil o penal u otro procedimiento legal por todo acto realizado de buena fe o toda intención de realizarlo al amparo de la Ley de monopolios.

7. Nombramiento del personal necesario.

168. El nombramiento del personal del organismo encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. En algunos países, como en el Pakistán y Sri Lanka, el organismo designa a su propio personal. En otros, tal facultad incumbe a la Administración.

## CAPÍTULO X

### *Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley*

I. *Las funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley podrían ser las siguientes (indicadas a título de ejemplo):*

a) Hacer indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;

b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación al ministro competente de su aplicación;

c) Efectuar estudios, publicar memorias e informar al público;

d) Distribuir formularios y llevar uno o varios registros de las notificaciones;

e) Elaborar y publicar reglamentos;

f) Colaborar en la preparación, modificación o revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas en materia de regulación y competencia;

g) Intercambiar información con otros Estados.

### II. *Carácter confidencial*

1. Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.

2. Proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia y que necesiten

conservar el anonimato para defenderse de represalias económicas.

3. Proteger las deliberaciones del organismo respecto de asuntos en curso o pendientes.

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO X Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

### *Funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley*

I. *Las funciones y facultades del organismo encargado de la aplicación de la ley podrían ser las siguientes (indicadas a título de ejemplo):*

169. En la mayoría de las leyes sobre prácticas comerciales restrictivas se hace una enumeración de las funciones y facultades que ostenta el organismo para realizar su cometido y que constituyen el marco general de su actuación. El artículo 8 comprende una enumeración ilustrativa de esas funciones. Es importante mencionar que todas ellas guardan relación con las actividades que puede desarrollar el organismo encargado de la aplicación de la ley o el de defensa de la competencia y con los medios de que suelen disponer para llevar a cabo su labor. Una característica común que merece destacarse es que las funciones de esos organismos deben fundarse en el respeto a las garantías legales y en la transparencia.

a) Hacer indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;

170. El organismo puede actuar por propia iniciativa o atendiendo a indicios de posibles prácticas restrictivas, por ejemplo como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. En el recuadro 15 figuran ejemplos de la información que se debe facilitar al formular una denuncia ante el organismo de defensa de la competencia. En la legislación sobre la competencia de Hungría se distingue entre las denuncias presentadas en un formulario proporcionado por el organismo pertinente y las denuncias oficiosas presentadas de otra manera. Los denunciantes pueden interponer un recurso cuando se hayan destinado sus demandas por considerarse que no reúnen las condiciones necesarias para abrir una investigación. Los costos de las actuaciones incoadas tras una denuncia son sufragados por el Estado, si bien, en caso de que se determine que se

cometió una infracción, los costos recaen en las partes que la cometieron<sup>177</sup>. Los datos reunidos por otros departamentos de la Administración, como los de hacienda, comercio exterior, aduanas o control de cambios, también podrían constituir en su caso una fuente de información necesaria. En Turquía, la Junta de la Competencia puede, previa petición o por iniciativa propia, realizar una investigación directamente o un estudio preliminar para determinar si es o no es necesario realizar una investigación. En Italia la nueva Ley N° 248/06 confiere nuevas facultades al organismo encargado de velar por la competencia, una vez que se haya iniciado una investigación, a los efectos de poner en práctica medidas provisionales y aceptar compromisos de las empresas involucradas, de manera que las actuaciones concluyen sin que se haya determinado que se produjo una violación. El Conjunto de Principios y Normas establece que los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existan, a fin de obtener de las empresas la información necesaria para controlar eficazmente las prácticas comerciales restrictivas. El organismo encargado de la aplicación de la ley también debería estar facultado para requerir a las personas o empresas que suministraran información y para recabar y recibir testimonios. En caso de incumplimiento podría preverse la posibilidad de obtener una orden de registro o un mandamiento judicial en su caso para lograr esa información u obtener la autorización de entrada en los locales donde se crea que está depositada la información. Por último, es indispensable mencionar que en el proceso de investigación deben observarse debidamente los principios y normas generales de respeto a las garantías legales, que en gran número de países constituyen un mandato constitucional.

171. En muchos países, como Alemania, Argentina, Australia, la Federación de Rusia, Hungría, Noruega, el Pakistán y el Perú, así como en la Comunidad Europea, el organismo encargado de la aplicación de la ley tiene facultades para requerir a las empresas que suministren información y para autorizar a sus funcionarios a que entren en los locales en busca de información pertinente. No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En la Argentina o Austria, por ejemplo, para entrar en un domicilio de un particular es necesario un mandamiento judicial, mientras que en Alemania, los registros, aunque normalmente requieren tal mandamiento, pueden practicarse sin necesidad de éste cuando haya "peligro en la demora". En Turquía, cuando una

inspección *in situ* para obtener copias de información, documentos, libros y otros instrumentos se vea o pueda verse obstaculizada, un juez de lo penal puede ordenar que se lleve a cabo la inspección. En Polonia, en los casos de suma urgencia en que haya sospechas fundadas de una violación grave de la legislación en materia de la competencia, particularmente cuando el retraso pueda posibilitar una destrucción de las pruebas, es posible obtener una orden de registro del Tribunal de Protección de la Competencia y del Consumo en cualquier momento de las actuaciones. La Oficina Polaca de Protección de la Competencia y de los Consumidores puede registrar locales, apartamentos, vehículos de transporte, etc. a petición de la Comisión de la UE cuando ésta haya encontrado resistencia por parte de alguna persona a la que hubiera solicitado que proporcionara documentos, información y otras pruebas mientras se estaba realizando una investigación de conformidad con los reglamentos de la Comunidad; además, los representantes de la Comisión pueden participar en una inspección cuando la oficina esté inspeccionando una empresa a petición de la Comisión.

b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación al ministro competente de su aplicación;

172. El organismo encargado de la aplicación de la ley tendría que adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, ciertas resoluciones como, por ejemplo, promover un proceso o exigir la interrupción de determinadas prácticas, denegar o conceder autorización en las cuestiones notificadas, o imponer sanciones, según el caso.

c) Efectuar estudios, publicar memorias o informar al público;

173. El organismo encargado de la aplicación de la ley podría realizar él mismo estudios y utilizar con tal fin servicios de expertos o encargarlos a terceros. En el Brasil, por ejemplo, la ley establece que la Oficina de derecho económico del Ministerio de Justicia llevará a cabo estudios e investigaciones con miras a mejorar la política contra los monopolios. Algunas leyes requieren explícitamente de las autoridades que realicen determinados estudios. En Tailandia, por ejemplo, la Oficina de represión de los monopolios y las prácticas de fijación de precios tiene la facultad y el deber de estudiar, analizar e investigar lo concerniente a las mercancías, los precios y las transacciones comerciales; en la Argentina, la

Comisión puede preparar estudios sobre mercados, en particular investigaciones acerca de cómo su conducta afecta a los intereses de los consumidores, y en Portugal el Consejo de la Competencia puede pedir a la Dirección General de la Competencia y los Precios que realice los estudios pertinentes para presentar después dictámenes al Ministro de Comercio<sup>178</sup>.

El organismo encargado de la aplicación de la ley podría informar periódicamente al público acerca de sus actividades. Los informes periódicos son útiles a este respecto y la mayoría de los países que cuentan con disposiciones legales en materia de prácticas comerciales restrictivas publica por lo menos un informe anual.

#### RECUADRO 15

##### Procedimientos de investigación

*i) Información que se debe facilitar al formular una denuncia ante el organismo de defensa de la competencia*

Identificación del denunciante y de la empresa o empresas denunciadas;

Información acerca del contenido de la denuncia;

Justificación de la legitimación del denunciante para presentar la denuncia;

Información acerca de si se ha formulado una denuncia análoga ante otras instancias (por ejemplo, organismos o ministerios sectoriales) o de si se está tramitando un procedimiento judicial;

Información sobre los productos o servicios de que se trate y descripción del mercado pertinente;

Exposición de los remedios jurídicos que se solicitan al organismo de defensa de la competencia (incluidas medidas cautelares).

*ii) Ejemplos de documentos que puede examinar el organismo de defensa de la competencia en el curso de sus inspecciones*

Estados financieros;

Libros de ventas;

Registros de producción;

Notas de viajes;

Diarios;

Minutas o notas de reuniones internas o con terceros;

Registros y copias de correspondencia (interna y externa), memorandos personales, incluidos los números de teléfono y de fax utilizados en períodos determinados, registros de correo electrónico;

Material fotográfico.

*Fuente:* Comisión Europea y OCDE.

*d)* Distribuir formularios y llevar uno o varios registros de las notificaciones;

174. En la legislación de casi todos los países que tienen establecido un procedimiento de notificación figuran disposiciones sobre algún sistema de registro, que ha de estar caracterizado por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y de Francia con la Dirección General de la Competencia<sup>179</sup>. Algunos países llevan un registro público en el que se inscriben los datos, aunque no todos,

suministrados en la notificación. La utilidad de un registro público se basa en la creencia de que la publicidad puede servir hasta cierto punto de medio disuasorio para hacer desistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas, a la vez que permite a las personas afectadas por tales prácticas informarse acerca de ellas. Esas personas también pueden formular denuncias concretas y comunicar cualquier inexactitud que adviertan en la información notificada. Sin embargo, no todos los datos pueden inscribirse en el registro, y una de las razones de este hecho es que algunos datos se refieren a los denominados "secretos

comerciales" cuya revelación podría perjudicar a la empresa de que se trate. No cabe exagerar la importancia que reviste el que los organismos de la competencia no divulguen información comercial confidencial, ya que en caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían profundamente renuentes a contestar con rapidez a las solicitudes justificadas de información.

e) Elaborar y publicar reglamentos;

175. El organismo encargado de la aplicación de la ley también debería tener facultades para dictar reglamentos de ejecución que le ayudaran en el desempeño de su misión.

f) Colaborar en la preparación, modificación o revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia;

176. Un número cada vez mayor de nuevas leyes o de leyes reformadas confieren al organismo encargado de la aplicación de la ley, en razón de su alto grado de especialización e incomparable experiencia en su esfera, la función suplementaria de prestar asesoramiento sobre los proyectos de ley que puedan afectar a la competencia y de estudiar y someter al Gobierno las propuestas apropiadas de reforma de las leyes correspondientes. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia<sup>180</sup>, en Portugal, donde la Comisión Consultiva en Materia de Competencia puede emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre todas las medidas legislativas concernientes a cuestiones relativas a políticas de la competencia<sup>181</sup>, o en España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>182</sup> y la Dirección General de Defensa de la Competencia.

g) Intercambiar información con otros Estados.

177. El Conjunto de Principios y Normas dispone que los Estados deberían establecer en los planos regional y subregional los mecanismos apropiados para intercambiar información sobre las prácticas comerciales restrictivas. Sería conveniente conferir al organismo encargado de la aplicación de la ley la facultad de promover ese intercambio, enunciándolo claramente entre sus funciones. La legislación de Bélgica, por ejemplo, establece la posibilidad de transmitir a los organismos extranjeros que se ocupan de las cuestiones de competencia la información y los documentos necesarios en virtud de acuerdos de

reciprocidad sobre asistencia mutua en materia de libre competencia<sup>183</sup>. De conformidad con la séptima reforma de la Ley de Alemania contra las restricciones a la competencia, de 12 de julio de 2005, se han reforzado las facultades del Bundeskartellamt a los efectos de cooperar con otros órganos encargados de la competencia (particularmente con la Red Europea de Competencia) en los ámbitos, por ejemplo, del intercambio de información y de la asistencia recíproca en las investigaciones. La legislación de Austria en materia de competencia faculta a los órganos pertinentes en ese ámbito a intercambiar información y cooperar con la Comisión de la UE y otras autoridades encargadas de velar por la competencia dentro de la Red Europea de Competencia, en cuyo contexto pueden formularse declaraciones vinculantes en relación con la aplicación de la legislación austriaca pertinente, sobre todo por lo que respecta a los programas de indulgencia. Los convenios bilaterales entre los Estados Unidos y Alemania, Australia, el Brasil, el Canadá, Israel, el Japón, México y la Comisión de las Comunidades Europeas, así como entre Francia y Alemania, y también un acuerdo multilateral entre Dinamarca, Islandia y Noruega, prevén asimismo las consultas y el intercambio de información, a las que se refiere, además, el párrafo 4 de la sección F del Conjunto. En la legislación de Argelia se establece un marco de cooperación entre la Junta de la Competencia y los órganos extranjeros pertinentes en ese ámbito con miras a garantizar la aplicación adecuada de las leyes nacionales y extranjeras en materia de competencia y desarrollar un sistema de colaboración y de intercambio de información entre los órganos de que se trate, con sujeción a los principios de la soberanía nacional, el orden público y el secreto profesional. Ese marco está en consonancia con las disposiciones sobre cooperación del artículo 41 y del anexo 5 del Acuerdo de Asociación con la UE<sup>184</sup>.

## II. *Carácter confidencial*

1. Ofrecer garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.

2. Proteger la identidad de las personas que proporcionan información a los organismos de defensa de la competencia y que necesiten conservar el anonimato para defenderse de represalias económicas.

3. Proteger las deliberaciones del organismo respecto de asuntos en curso o pendientes.

178. De conformidad con el párrafo 5 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas deben concederse a los secretos comerciales legítimos las garantías al uso, en especial para proteger su carácter confidencial. El carácter confidencial de la información comunicada al organismo encargado de la aplicación de la ley u obtenida por él también puede protegerse, por lo general, mediante la normativa legal de cada país sobre descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, en las leyes de algunos países, como México<sup>185</sup>, Portugal<sup>186</sup> y Suiza<sup>187</sup>, figuran disposiciones especiales sobre el secreto de las pruebas obtenidas durante las actuaciones. Según el artículo 63 1) de la Ley de Estonia de la competencia, la Junta designada al efecto no podrá divulgar secretos comerciales, incluida información sujeta al secreto bancario, de una empresa, que hayan llegado a su conocimiento durante el desempeño de sus obligaciones ni comunicarlos a otras personas o publicarlos sin el consentimiento de la empresa. La Provincia china de Taiwán firmó un acuerdo de cooperación trilateral con la Comisión de Comercio de Nueva Zelanda y la ACCC de Australia en julio de 2002 y tiene sendos acuerdos de cooperación bilateral con ambas, con disposiciones sobre la confidencialidad.

## CAPÍTULO XI

### *Sanciones y medidas de reparación*

I. La imposición de sanciones, cuando proceda, por:

- i) Infringir la ley;
- ii) Desobedecer las resoluciones o mandamientos del organismo encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;
- iii) No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;
- iv) Proporcionar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa afectada sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.

II. Las sanciones podrían consistir en lo siguiente:

- i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad

manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);

- ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación flagrante y deliberada de la ley o de un mandato judicial por parte de una persona natural);
- iii) Órdenes o mandamientos provisionales;
- iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de que cese una infracción o se desista de ella o se le ponga remedio mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;
- v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);
- vi) Restitución a los consumidores perjudicados;
- vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios incoadas por los damnificados.

## COMENTARIOS AL CAPÍTULO XI Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

### *Sanciones y medidas de reparación*

I. La imposición de sanciones, cuando proceda, por:

- i) Infringir la ley;
- ii) Desobedecer las resoluciones o mandamientos del organismo encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;
- iii) No suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;
- iv) Proporcionar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa afectada sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.

179. En la sección II del artículo 10 se enumeran las diversas sanciones posibles de las violaciones enunciadas en la sección I.

II. *Las sanciones podrían consistir en lo siguiente:*

- i) Multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);

180. La facultad de imponer multas a las empresas y los particulares puede corresponder al organismo encargado de la aplicación de la ley o a la autoridad judicial, o puede estar dividida entre ambos. En este último caso, por ejemplo, la facultad del organismo para imponer multas puede quedar limitada a ciertos tipos de conducta como la negativa a suministrar información, el suministro de información falsa y la falta de notificación de los convenios. En países como Alemania, Argelia, el Brasil, Côte d'Ivoire, la Federación de Rusia, el Gabón, Hungría, el Japón, Lituania, México, Noruega, el Pakistán, Panamá, el Perú y Suiza, así como en la CEE, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultad para imponer multas. En Noruega la NCA puede emitir un auto dando una opción de renuncia al beneficio con arreglo a la sección 6-5 de la ley, pero no se trata de una multa tradicional en materia de competencia.

En la Federación de Rusia, el Pakistán, Panamá, el Perú y Suiza, y en la CE, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultades para imponer multas. En Australia y los Estados Unidos, esa facultad corresponde a los tribunales. La cuantía máxima de las multas varía, claro es, de un país a otro.

181. Las multas pueden variar también según el tipo de infracción (como en la India y Portugal) o según que la infracción se haya cometido mediando dolo o negligencia (Alemania y la CEE), o bien su cuantía puede fijarse en un monto determinado o según el salario mínimo de referencia (Brasil, Federación de Rusia, México y Perú), o puede calcularse con arreglo a los beneficios realizados como consecuencia de la infracción (Alemania, China y Hungría). En el Perú, la multa podría duplicarse en caso de reincidencia<sup>188</sup>.

182. Parecería lógico que las multas estuvieran indexadas con respecto a la inflación y que se tuviera en cuenta tanto la gravedad de la

infracción como la capacidad de pago de las empresas, con objeto de no penalizar a las empresas más pequeñas en la misma medida que a las grandes, para las que un límite bajo constituiría, en relación con el recurso a prácticas restrictivas, una medida escasamente disuasiva.

183. Las tendencias recientes en lo que concierne a las medidas coercitivas aplicables para hacer cumplir las disposiciones en materia de convenios o acuerdos han consistido en buscar la disuasión mediante la imposición de multas muy considerables a las empresas. En la Comunidad Europea, las multas impuestas por la Comisión pueden alcanzar hasta el 10% del volumen de negocios anual (de todos los productos) de las empresas infractoras. Así por ejemplo, en 1991 la empresa Tetra Pak fue declarada culpable de infracción del artículo 86 del Tratado de Roma (abuso de una posición dominante) y se le impuso en consecuencia una multa de 75 millones de ecus. Esta actitud enérgica ante la violación de la normativa comunitaria en materia de competencia quedó confirmada recientemente en el caso de tres cárteles (barras de acero, cartón y cemento) que fueron condenados en 1994 al pago de multas de 104; 132,15 y 248 millones de ecus, respectivamente<sup>189</sup>. En los Estados Unidos, se promulgó en 1990 una ley en la que se elevaba de 1 millón a 10 millones de dólares la cuantía máxima de la multa imponible a una sociedad por la infracción de las leyes antitrust<sup>190</sup>. En el Japón se aplica desde 2006 un nuevo sistema, en cuya virtud la tasa de recargo puede incrementarse del 6 al 10% en el caso de las grandes empresas, del 3 al 4% en el caso de las PYMES, del 1 al 2% en el caso de los grandes mayoristas (para los pequeños mayoristas, la tasa se mantiene en el 1%), del 2 al 3% en el caso de los grandes minoristas y del 1 al 1,2% en el caso de los pequeños minoristas<sup>191</sup>. Además, puede imponerse una tasa de recargo del 150% de la tasa normal de recargo a las empresas que vuelvan a cometer infracciones en el plazo de diez años; salvo en esos casos, la tasa puede reducirse hasta en un 20% de la tasa normal cuando la infracción dure menos de dos años y se haya puesto fin a la conducta ilícita durante un plazo de más de un mes contado desde el momento en que la Junta de la Competencia haya iniciado la investigación. En Ucrania, las multas pueden suponer hasta el 10% de los ingresos de la entidad. En la legislación de Zambia, las sanciones consisten en una multa de hasta 10 millones de kwachas (2.500 dólares) o una pena de prisión de hasta cinco años, o ambas cosas a la vez. Esas sanciones no pueden ser impuestas por la

Comisión de la Competencia sino por un tribunal. Sin embargo, casi todos los asuntos se resuelven mediante consulta y arbitraje, por medio de indemnizaciones a los clientes afectados, liquidación de activos, cancelación de los acuerdos anticompetitivos, etc. En Chile las multas pueden llegar hasta aproximadamente 400.000 dólares y se fijan por el Tribunal teniendo debidamente en cuenta la cifra de negocios y la capacidad económica del culpable, así como la gravedad de la infracción. En Panamá las sanciones (multas) también pueden ser proporcionales al volumen de las transacciones y a la cifra de negocios de las empresas que hayan infringido la legislación (las multas se calculan como porcentaje de los ingresos procedentes de las ventas). En espera de que se resuelva el recurso que haya podido interponerse, las multas han de pagarse en la mayoría de los países, como ocurre en Turquía, donde los culpables han de pagarlas en el plazo de tres meses; además de las multas en concepto de penalización por infracciones sustantivas de la legislación, la Junta de la Competencia puede imponer multas por no haber facilitado la información solicitada por el organismo turco encargado de velar por la competencia. Muchos países han establecido programas de indulgencia como medio para detectar la existencia de cárteles. Así, en Argelia, con objeto de mejorar la aplicación de la nueva legislación sobre la competencia, la Junta de la Competencia está facultada para reducir las multas o no imponerlas cuando las empresas de que se trate admitan haber infringido las normas sobre la competencia en el marco de las actuaciones que se hayan incoado al respecto, ayuden a agilizar la tramitación de la causa y se comprometan a no cometer más infracciones en lo sucesivo; de todos modos, no se garantiza indulgencia a los reincidentes. En Austria, tal como autoriza el Reglamento del Consejo de la CE N° 1/2003, el organismo federal encargado de la competencia puede abstenerse de solicitar imponer una multa a una empresa o asociación de empresas que hayan dejado de participar oportunamente en un cártel, hayan informado al organismo antes de que éste lo haya descubierto, hayan cooperado plenamente y no hayan obligado a otras empresas a participar en el cártel; si se cumplen todas las condiciones, excepto la de informar oportunamente al organismo, puede solicitarse que se reduzca la multa. Cuando una empresa desea acogerse a un programa de indulgencia, el organismo ha de informarle mediante una nota no vinculante acerca de si aplicará en su caso el programa. En Hungría,

la legislación en materia de la competencia autoriza al organismo húngaro encargado de velar por la competencia a formular una política de indulgencia a cuyo tenor el Presidente del organismo y el Presidente del Consejo de la Competencia (el cual depende del organismo y está encargado de la toma de decisiones) emiten conjuntamente una notificación en la que se fijan las condiciones para solicitar acogerse a la política de indulgencia<sup>192</sup>. En la legislación de Polonia se combinan penas más rigurosas por la violación a legislación (hasta 50 millones de euros) y un sistema para mitigar las penas en el caso de los miembros de cárteles que se retiren voluntariamente de éstos, informen al organismo encargado a la competencia al respecto y soliciten acogerse a medidas de indulgencia<sup>193</sup>. En Italia, la nueva Ley N° 248/06 ha modificado el artículo 15 de la Ley de la competencia en el sentido de prever la posibilidad de que el organismo encargado de la competencia apruebe un programa de indulgencia en consonancia con legislación europea al respecto, cosa que ha hecho el organismo.

- ii) Prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación flagrante y deliberada de la ley o de un mandato judicial, por parte de una persona natural);

184. La facultad de imponer penas de prisión normalmente correspondería a la autoridad judicial. En algunos países, como el Brasil y el Japón, la facultad de imponer penas de prisión se reserva a las autoridades judiciales a propuesta del organismo encargado de la aplicación de la ley. La duración de las penas de prisión varía de uno a tres o más años, según la índole de la infracción.

185. En países como la Argentina y el Canadá, donde las resoluciones dictadas en virtud de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas competen a las autoridades judiciales, los tribunales están facultados para imponer penas de prisión de hasta seis años (Argentina) y de hasta cinco años (Canadá). En los Estados Unidos, sólo constituyen delitos tipificados en las leyes antitrust la conducta claramente definida como intrínsecamente ilegal y el comportamiento de un demandado manifiestamente contrario a la competencia, es decir, la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercados. Únicamente la Ley Sherman establece sanciones penales (violaciones de las secciones 1 y 2) y la posibilidad de perseguir las infracciones como delitos castigados con una multa a las empresas y

tres años de prisión a las personas físicas. La aplicación por la División Antitrust de las sanciones penales previstas en la Ley Sherman se rige por las leyes penales federales de carácter general, la Ley federal de enjuiciamiento criminal<sup>194</sup> y las Directrices sobre sentencias. El Reino Unido ha introducido con la Ley de sociedades de 2003 sanciones penales para las personas que participen en determinadas infracciones anticompetitivas claramente definidas. En Chile, las multas pueden ser de hasta el equivalente de unos 400.000 dólares, lo que se determina prudencialmente por el Tribunal, según sea el giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción. En Estonia, todas las infracciones contra la competencia son de índole delictiva, y la Junta de la Competencia tiene facultades para iniciar un sumario judicial. En Panamá, las sanciones (multas) también podrán ser proporcionales al volumen de operaciones o negocios de las empresas que han violentado la ley (verbigracia un porcentaje de sus ingresos por ventas). En los casos en que haya cooperación de ciertas empresas en la identificación y eventual sanción de conductas anticompetitivas, en las que dichas empresas participaron, estas empresas podrán ser objeto de una exención de las sanciones, de forma tal que se incentive la inestabilidad de los cárteles.

iii) Órdenes o mandamientos provisionales;

186. En Hungría, la Junta de la Competencia puede prohibir, como medida provisional, que continúe el comportamiento ilícito u ordenar que se ponga fin a una situación dada si se requiere una acción inmediata para proteger los intereses jurídicos o económicos de los interesados o existe una amenaza para la formación, el desarrollo o la continuación de la competencia económica. La Junta de la Competencia puede también exigir una fianza<sup>195</sup>.

iv) Órdenes definitivas o por un plazo determinado de que cese una infracción o se desista de ella o se le ponga remedio mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;

187. Ejemplo de ello es una actuación de la Oficina de Comercio Leal de Corea<sup>205</sup>, cuando dictó una orden de rectificación dirigida a cuatro empresas suministradoras de servicios telefónicos -KT, Dacom, Onse Telecom y Hanaro Telecom- por haber acordado determinar conjuntamente y mantener las tarifas correspondientes a las

llamadas de larga distancia. Además, les ordenó que emitieran un anuncio público acerca de la orden de rectificación en los principales diarios.

188. En este contexto, y como medida adicional, cabe la posibilidad de dictar órdenes de cese y desistimiento y de publicar la sentencia definitiva por la que se imponga cualquier tipo de sanción que las autoridades administrativas o judiciales consideren oportuna, como sucede en Francia y en la Comunidad Europea<sup>196</sup>. De esta suerte los empresarios y especialmente los consumidores estarán en condiciones de saber que una determinada sociedad ha observado una conducta ilegal. En Austria, el Tribunal de Cárteles, en lugar de dictar órdenes dirigidas a las empresas de que se trate, puede declarar vinculantes los compromisos que formulen tales empresas cuando quepa esperar que de esa manera se impedirán nuevas infracciones.

v) Venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);

189. Esta cláusula se aplica en México, donde la Comisión puede ordenar la "desconcentración total o parcial" de la fusión<sup>197</sup>. En los Estados Unidos, la venta de activos puede utilizarse en los casos de fusiones y adquisiciones ilegales<sup>198</sup>. También hay que señalar que la obligación de vender activos podría hacerse extensiva a los casos de posición dominante<sup>199</sup>.

vi) Restitución a los consumidores perjudicados;

vii) Consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios incoadas por los damnificados.

## CAPÍTULO XII

### *Recursos*

1. Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el organismo encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.

2. Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga (ante la autoridad judicial competente) en el plazo de ( ) días recurso contra la

totalidad o una parte de la resolución dictada por el organismo encargado de la aplicación de la ley, (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.

### COMENTARIOS AL CAPÍTULO XII Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES

#### *Recursos*

1. Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el organismo encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.

2. Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga (ante la autoridad competente) en el plazo de ( ) días recurso contra la totalidad o una parte de la resolución dictada por el organismo encargado de la aplicación de la ley, (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.

190. Por lo que atañe a la posibilidad de interponer recursos de reposición contra las decisiones del organismo encargado de la aplicación de la ley, en muchos casos puede producirse un cambio en las circunstancias que existían en el momento de adoptar una decisión. Cabe recordar que el organismo puede, por ejemplo, revisar, ya sea periódicamente o a causa de un cambio en las circunstancias, las autorizaciones concedidas y quizás prorrogarlas, suspenderlas o supeditar su prórroga a que se *cumplan* determinadas condiciones y obligaciones. Por consiguiente, las empresas también deberían tener la posibilidad de solicitar la revisión de las resoluciones cuando las circunstancias que hubieran inducido a su adopción hubiesen cambiado o dejado de existir.

191. El derecho de una persona a recurrir contra la resolución del organismo encargado de la aplicación de la ley está previsto especialmente en la ley de la mayoría de los países (por ejemplo, en Lituania<sup>200</sup> y la Federación de Rusia<sup>201</sup>) o puede existir automáticamente, sin mención específica, en virtud de los códigos de procedimiento civil, criminal o administrativo (verbigracia en Colombia<sup>202</sup> y Portugal<sup>203</sup>). En muchos países, las leyes en materia de competencia prevén adecuadamente diversos motivos para interponer un recurso, incluida la revisión (según distintas posibilidades) de las circunstancias de hecho y de los fundamentos jurídicos de la decisión inicial. En otros países, se puede interponer recurso en los casos que se mencionan específicamente en las leyes de la competencia, como ocurre, por ejemplo, con las decisiones del organismo sueco de

defensa de la competencia<sup>204</sup>. En Turquía, algunas decisiones de la Junta de la Competencia han sido anuladas por el Tribunal Administrativo Superior (el Consejo de Estado) como consecuencia de la participación de miembros de la Junta en equipos de investigación, ya que ello infringe la legislación turca, a cuyo tenor la investigación y el juicio han de llevarse a cabo por separado<sup>205</sup>.

192. Los recursos pueden dar lugar a la revisión de la causa o estar limitados, como en el Brasil, la India y el Pakistán, a una cuestión de derecho. En Italia, los recursos interpuestos contra medidas administrativas adoptadas por el organismo de la competencia corresponden a la jurisdicción exclusiva del Tribunal Administrativo Regional del Lacio (que es la instancia judicial competente en materia administrativa), con la excepción de los procedimientos de anulación, las demandas de indemnización y las peticiones de medidas de emergencia que han de presentarse ante el Tribunal de Apelación competente. Los recursos pueden presentarse ante los tribunales administrativos, como en Colombia, el Gabón, Lituania, Venezuela y Zambia, ante los tribunales judiciales, como en Côte d'Ivoire, España, Panamá, Suiza y Ucrania o ante cualquiera de los dos, como en la Federación de Rusia, donde el recurso puede interponerse ante un tribunal ordinario o ante un tribunal de arbitraje<sup>206</sup>. A este respecto, se puede crear un tribunal administrativo especial como, por ejemplo, en Australia<sup>207</sup>, Dinamarca<sup>208</sup>, Kenya<sup>209</sup>, el Perú<sup>210</sup> y España<sup>211</sup>. En la India y el Pakistán los recursos se tramitan directamente en el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente. Lo mismo ocurre en el caso del Perú, donde el recurso se presenta directamente ante la Corte Suprema de Justicia. En Alemania, los recursos en materia de fusiones pueden ser tramitados por la vía judicial o interponerse directamente ante el Ministro de Asuntos Económicos. En Austria, los recursos se deducen ante el Tribunal Superior de Cárteles en el Tribunal Supremo de Justicia. En la nueva normativa sobre la competencia de Argelia se establece un marco de colaboración entre diferentes instituciones que se ocupan de la competencia, en el sentido de que el Tribunal de Argel ha de recabar la opinión del Ministro de Comercio y la Junta de la Competencia al examinar recursos planteados en ese ámbito. Se establecen normas específicas para tales recursos con el fin de reforzar la transparencia y la eficacia y salvaguardar los derechos de las partes y el proceso contencioso. Los recursos contra el rechazo a autorizar fusiones han de presentarse al Consejo de Estado, habida cuenta del carácter administrativo de tales decisiones.

193. La Comunidad Europea ha creado un Tribunal especializado de primera instancia para conocer de los recursos antitrust, pues tales asuntos han empezado a constituir una carga excesiva para el Tribunal Europeo de Justicia en razón del volumen de los autos.

### CAPÍTULO XIII

#### *Acción de resarcimiento de daños y perjuicios*

Consiste en reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.

#### **COMENTARIOS AL CAPÍTULO XIII Y PLANTEAMIENTOS ALTERNATIVOS DE LAS LEGISLACIONES EXISTENTES**

#### *Acción de resarcimiento de daños y perjuicios*

Consiste en reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.

194. La disposición propuesta daría a todo particular o al Estado en nombre de un particular, o a una empresa, el derecho a entablar una

demanda civil por infracción de la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados. Esta acción civil se ejercitaría normalmente ante las autoridades judiciales competentes, como en el caso de la Comunidad Europea, a menos que los Estados confiriesen al organismo encargado de la aplicación de la ley facultades especiales a este respecto. En la legislación de varios países desarrollados figuran disposiciones que regulan la intervención del Estado, como parte actora, en el ejercicio de funciones tutelares (*parens patriae suit*)<sup>212</sup>. En virtud de tales "acciones colectivas" (*class actions*), los usuarios de un determinado servicio o los consumidores de un determinado producto que hayan sufrido daños de resultados de un comportamiento contrario a la libre competencia, y cuya demanda individual sería demasiado insignificante, tendrán derecho a entablar una demanda contra las empresas. Así se dispone en la legislación del Canadá, Francia y los Estados Unidos. La triple indemnización por daños y perjuicios, que asciende al triple de la cuantía de las cantidades cobradas de resultados de la infracción, es también importante en el caso de la fijación de precios en los Estados Unidos.

195. En algunos países, se autoriza en general a los competidores o perjudicados a interponer demanda por violación del orden económico, en particular la fijación de precios, incluidos unos precios abusivos y los acuerdos de vinculación. Así ocurre en la legislación de Colombia, Estonia, México<sup>213</sup>, el Perú<sup>214</sup>, la Provincia china de Taiwán, Venezuela<sup>215</sup> y Zambia.

## NOTAS

<sup>1</sup> En 2006 y 2007 se recibieron observaciones de Alemania, Argelia, Austria, Bélgica, el Brasil, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, Croacia, Eslovaquia, España, Hungría, la India, Italia, el Japón, Letonia, Nicaragua, Noruega, el Paraguay, el Perú, Polonia, Portugal, la República de Corea, Serbia, Singapur, Suecia, Suiza, Suriname, Trinidad y Tabago, Turquía y Zambia.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo, Colombia, Finlandia, Hungría, la India, el Reino Unido y Suiza.

<sup>3</sup> Véanse Chile, el Japón y Polonia.

<sup>4</sup> Mencionan el concepto de "competencia" en el título de sus leyes respectivas, entre otros, los países siguientes: Alemania, Argelia, Argentina, Brasil, Canadá, Côte d'Ivoire, Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Marruecos, México, Noruega, Países Bajos, Panamá, Portugal, Reino Unido, Suecia, Túnez, Unión Europea. Véase asimismo la lista de títulos de leyes sobre la competencia de todo el mundo que figura en el anexo.

<sup>5</sup> Comunicación de Costa Rica.

<sup>6</sup> Ley sobre la competencia de 1985. Sec. 1.1 (Canadá).

<sup>7</sup> Ley N° 014/98, de 23 de julio de 1998, que establece el régimen de la competencia en la República Gabonesa. Art. 2.2.

<sup>8</sup> Ley sobre la competencia de 2002. Sec. 1.

<sup>9</sup> Ley N° LVII de 1996 sobre prohibición de las prácticas comerciales desleales y restrictivas. Introducción.

<sup>10</sup> Ley de Mongolia sobre prohibición de la competencia desleal. Art. 1.

<sup>11</sup> Ley N° 29, de 1° de febrero de 1996, sobre normas de protección de la competencia y otras medidas. Art. 1 (Panamá).

<sup>12</sup> Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Art. 2 (Perú).

<sup>13</sup> Ley N° 16/1989 de defensa de la competencia (España).

<sup>14</sup> Ley sobre la competencia (1993:20), de 14 de enero de 1993. Sec. 1 (Suecia).

<sup>15</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S., 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L. Ed.2d 545, 549 (1958).

<sup>16</sup> Ley sobre comercio leal, de 1992 (Provincia china de Taiwán).

<sup>17</sup> Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia. Art. 1 (Venezuela).

<sup>18</sup> Ley sobre la competencia y el comercio leal de 1994.

<sup>19</sup> Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Art. 1.

<sup>20</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), Roma, 25 de marzo de 1957. Véanse en particular los artículos 2 y 3 f).

<sup>21</sup> Ley (reformada) de prácticas comerciales, de 1974. Art. 45 (Australia).

<sup>22</sup> Artículo 10 de la Ley federal de competencia económica (México).

<sup>23</sup> Ley de la competencia del Reino Unido. Cap. I, 1998.

<sup>24</sup> Decreto N° 03-03 sobre la competencia, de julio de 2003.

<sup>25</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), Roma, 25 de marzo de 1957.

<sup>26</sup> Véase el documento TD/B/RBP/15 Rev.1, párrs. 24 a 26.

<sup>27</sup> Ley de la competencia del Reino Unido, cap. I, 1995 y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma), Roma, 25 de marzo de 1957.

<sup>28</sup> Debe señalarse que ningún organismo encargado de la competencia, especialmente si se trata de un organismo administrativo independiente, tendrá como mandato político determinar de qué forma ciertas restricciones afectarían al "interés nacional" o influirían en el "desarrollo económico general" de un país. Por esta razón, las autorizaciones deben basarse, en principio, en razones relacionadas con la competencia. Otro procedimiento sería que los gobiernos examinaran la posibilidad de que sus organismos nacionales asistieran al gobierno en la preparación, modificación o revisión de sus leyes que pudieran afectar a la competencia, tal y como se establece en el artículo 8 1) f) de la Ley tipo, y prestaran asesoramiento sobre cualquier medida propuesta que pudiera tener consecuencias para la competencia.

<sup>29</sup> Directrices sobre fusiones del Departamento de Justicia/Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, 2 de abril de 1992.

<sup>30</sup> *National Soc. of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

<sup>31</sup> *Standard Oil Co. of California and Standard Stations Inc., v. United States*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1949. 337 U.S. 293, 299 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371.

<sup>32</sup> Ley sobre la competencia, de 2002. Sec. 2 4) (India).

<sup>33</sup> 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).

<sup>34</sup> Información facilitada por el Gobierno del Reino Unido.

<sup>35</sup> Ley antimonopolios (1973, rev. 1980, rev. 2002) (Chile).

<sup>36</sup> Véase por ejemplo, respecto de los agentes de aduanas italianos, el asunto C35/96, Comisión contra Italia (1998, ECRI-3851).

<sup>37</sup> Ley, de 11 de enero de 2001, sobre protección de la competencia económica (Ucrania).

<sup>38</sup> Ley, de 6 de noviembre de 2000, de defensa de la competencia económica (Armenia).

<sup>39</sup> Ley sobre la competencia y el comercio leal, de 1994. Secs. 3 y 6 i) (Zambia).

<sup>40</sup> MERCOSUR/CMC/DEC. N° 29/94 sobre políticas públicas que distorsionan la competencia. Primer párrafo de los considerandos.

<sup>41</sup> La legislación peruana permite a los organismos encargados de la aplicación de la ley que investiguen y prohíban los actos de los funcionarios públicos que interfieran en la libre competencia. En un caso reciente se pidió al Ministro de Economía y Finanzas que informara sobre un acuerdo entre el Ministerio y varias asociaciones de transporte para uniformar las tarifas del transporte urbano. La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia consideró que el acuerdo era contrario a la competencia y decidió que el Ministro se abstuviera en delante de promover acuerdos de ese tipo. (Información comunicada por el Gobierno peruano).

<sup>42</sup> Es evidente que la Ley sobre la competencia del Reino Unido se aplica a las actividades comerciales de las administraciones locales, que carecen en esta esfera de una situación jurídica particular (aunque muchas de sus actividades no correspondan al "suministro de bienes o servicios" ni se realicen "en el transcurso de un negocio", quedando por ello fuera del ámbito de la Ley sobre la competencia). En virtud de esta ley, no es posible interponer una acción contra la Corona, aunque hay que señalar que no todas las actividades estatales son actividades de la Corona (por ejemplo, el Servicio Nacional de Salud). Es también política del Gobierno que la Corona se comporte como si estuviera sujeta a las disposiciones de la Ley sobre la competencia en sus actividades comerciales.

<sup>43</sup> Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio, de 1988 (Kenya). Sec. 5.

<sup>44</sup> Ley N° 16/1989 de defensa de la competencia, en su forma revisada.

<sup>45</sup> Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (22 de abril de 2002).

<sup>46</sup> El derecho de la propiedad intelectual es la rama jurídica que se refiere a los derechos derivados del esfuerzo creativo o de la reputación comercial. La propiedad intelectual abarca un campo muy amplio que comprende las obras literarias y artísticas, las películas, los programas informáticos, las invenciones, los diseños y marcas utilizados por los comerciantes para sus bienes y servicios. La ley impide que unas personas copien o aprovechen indebidamente el trabajo o la fama de otras y prevé acciones para el caso en que esto se produzca (David Bainbridge, *Intellectual Property*, Pitman Publishing, Londres, 1994, 2ª edición). Existen diversas formas o ramas que dan origen a los derechos que en conjunto constituyen la propiedad intelectual. Como consecuencia de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales (Acta Final de la Ronda Uruguay y Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio), la propiedad intelectual se refiere a las categorías que se mencionan en las secciones 1 a 7 de la parte II del anexo 1C del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC): derechos de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, y protección de la información no divulgada (secretos comerciales). También debe considerarse como protección de la propiedad intelectual todo caso de competencia desleal (cuando suponga una violación de un derecho exclusivo) examinado en el artículo 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967). También procede tomar nota del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971) y de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (1961), también llamada "Convención de Roma"; del Reglamento de la Comisión (CEE) Nº 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, sobre acuerdos de franquicia; y del Reglamento de la Comisión (CEE) Nº 556/89, de 30 de noviembre de 1988, sobre acuerdos de licencia de conocimientos no patentados.

<sup>47</sup> Real Decreto Nº 157/1992 de 21 de febrero de 1992, que desarrolla la Ley Nº 16/1989 de julio de 1989, relativa a las exenciones en bloque, las autorizaciones singulares y el registro de salvaguardia de la competencia. *BOE* de 29 de febrero de 1992 (RCL 1992, 487). En particular el artículo 1 f).

<sup>48</sup> Artículo 144 de la Ley de 1988 sobre derechos de autor, patentes y diseños, y sección 51 de la Ley de patentes de 1977. Información facilitada por el Gobierno del Reino Unido.

<sup>49</sup> Directrices antitrust para la concesión de derechos de propiedad intelectual, dictadas por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, adoptadas y publicadas el 6 de abril de 1995. Nótese que estas directrices establecen medidas de represión de los monopolios en relación con la propiedad intelectual protegida por la Ley de patentes, derechos de autor, secretos comerciales y conocimientos no patentados. No se refieren a la represión de los monopolios en el caso de las marcas. Aunque los mismos principios generales de represión de los monopolios que versan sobre otras formas de propiedad intelectual se aplican también a las marcas, las directrices se refieren a las cuestiones relacionadas con la transferencia de tecnología y las innovaciones que se suelen plantear con respecto a las patentes, los derechos de autor, los secretos comerciales y los conocimientos no patentados, y no a las cuestiones de diferenciación de productos que surgen habitualmente con respecto a las marcas.

<sup>50</sup> Artículo 40 (Parte II, Sección 8) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC).

<sup>51</sup> Ley antimonopolios (1973, rev. 1980, rev. 2002). Art. 5 (Chile).

<sup>52</sup> *Centrafarm B. V. v. Sterling Drug*, 1974 ECR 1147 (EC); *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S.Ct. 2731 (1984).

<sup>53</sup> Ampliación de la regla de Copperweld. *Satellite Fin. Planning Corp. v. First National Bank*, 633 F. Sup. 386 (D. Del. 1986), pero véase *Sonitrol of Fresno v. AT&T*, 1986-1 Trade Cas (CCII), Sec. 67.080 (una participación del 32,6% no priva del carácter de empresa competidora).

<sup>54</sup> Ordenanza sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas (control y prevención), de 1970, reformada en 1983. Sec. 2 1) a) (Pakistán).

<sup>55</sup> Ley de monopolios y prácticas comerciales restrictivas de 1969, reformada por la Ley Nº 58 de 1991. Sec. 2 a) (Sudáfrica).

<sup>56</sup> Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990. Art. 2 3) b) (Polonia).

<sup>57</sup> Ley, de 30 de mayo de 1995, sobre la competencia y la limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos. El artículo 6 2) se refiere a los "acuerdos (acciones coordinadas) concertados de cualquier forma" (Federación de Rusia).

<sup>58</sup> Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, de 1991. Art. 5.

<sup>59</sup> Respecto de los aumentos paralelos de los precios, hay que señalar que no todos los casos pueden considerarse como prueba de un acuerdo tácito o de otro tipo. Este es el caso, por ejemplo, de los aumentos paralelos de precios originados por el incremento del impuesto sobre el valor añadido, en los que los precios de bienes o servicios subirán en la misma proporción y al mismo tiempo (Comentario transmitido por el Gobierno de la República Federal de Alemania).

<sup>60</sup> Ley N° LVII de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Art. 11 2).

<sup>61</sup> Ley sobre la promoción de la competencia y sobre las prácticas comerciales restrictivas (Colombia).

<sup>62</sup> Decreto N° 2153 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, de 30 de diciembre de 1992. Art. 47.

<sup>63</sup> Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Art. 4 f).

<sup>64</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

<sup>65</sup> Véase la Ley N° LVII sobre prohibición de las prácticas de mercado y restrictivas, de 1996, art. 13 1) y 2).

<sup>66</sup> Además de los Estados Unidos, varios países han modificado recientemente su legislación para prohibir la fijación de precios y las licitaciones colusorias por considerarlas intrínsecamente ilegales.

<sup>67</sup> Ley Webb-Pomerene de 1918 sobre el comercio de exportación y Ley de sociedades de exportación de 1982. Ha de señalarse que la Ley antitrust estadounidense (por conducto de la Ley de 1982 de mejoras de las medidas antitrust en el comercio exterior, 15 U.S.C., sec. 6 a)) se aplica a los efectos contrarios a la competencia en los mercados de exportación de los Estados Unidos y no sólo a los mercados nacionales de este país. Tampoco pueden calificarse de "cárteles de exportación" a las empresas conjuntas constituidas con arreglo a la Ley sobre las sociedades que se dedican al comercio de exportación, porque no poseen una posición de dominio en el mercado interior y en el extranjero; más bien se trata de empresas conjuntas orientadas a la exportación cuyas actividades están delimitadas para que no tengan efectos contrarios a la competencia en el país (información proporcionada por el Gobierno de los Estados Unidos).

<sup>68</sup> Con respecto a los cárteles de exportación, la legislación contra los monopolios de los Estados Unidos (mediante la Ley de 1982 sobre mejoras de las medidas antitrust en el comercio con el extranjero, 15 U.S.C., sec. 6 a)) se aplica a los efectos de las prácticas anticompetitivas en los mercados exterior e interior de los Estados Unidos. Como ya se dijo antes, también hay que decir que las empresas conjuntas constituidas con arreglo a la Ley sobre las sociedades que se dedican al comercio de exportación no pueden considerarse "cárteles de exportación" porque no poseen una posición dominante en el mercado interior o en el extranjero; más bien se trata de empresas conjuntas orientadas a la exportación cuyas actividades están delimitadas para que no tengan efectos contrarios a la competencia en el país. (Información proporcionada por el Gobierno de los Estados Unidos.)

<sup>69</sup> Véase "Licitaciones colusorias", estudio preparado por la secretaría de la UNCTAD (TD/B/RBP/12).

<sup>70</sup> Código Penal, 296/B.

<sup>71</sup> Comentario transmitido por la Comisión de la Comunidad Europea. Las normas de exención con respecto a los acuerdos de distribución exclusiva remiten al Reglamento (CEE) N° 1983/83 de la Comisión sobre la aplicación del párrafo 3 del artículo 85 del Tratado de Roma a ciertas categorías de acuerdos de distribución exclusiva. *Diario Oficial*, L73, 30 de junio de 1983, pág. 1; corrección DO L281, 13 de octubre de 1983, pág. 24.

<sup>72</sup> El asunto *Associated Press (AP) v. United States* sirve para ilustrar este punto. 326 U.S., 165S Ct. 1416, 86L. Ed. 2013, revisión denegada 326 (802) 1945. Para más detalles, véase el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, párr. 54.

<sup>73</sup> *Wilk v. American Medical Association*, 1987, 2CCH Trade Cas. Section 67,721 (N.D. Ill. 1987).

<sup>74</sup> Por ejemplo, la Bolsa de Nueva York ordenó a algunos de sus miembros que suprimieran las conexiones telefónicas directas privadas que anteriormente funcionaban entre sus oficinas y las de personas o entidades que no eran miembros, lo que se hizo, sin previa notificación a éstas y sin comunicarles las razones de esa medida ni darles la oportunidad de ser escuchadas. El demandante (un agente bursátil) alegó que, en violación de los artículos 1 y 2 de la Ley Sherman, la Bolsa había conspirado con sus empresas miembros para privarle de las comunicaciones alámbricas privadas y del servicio de teletipo, y que tal desconexión le causaba perjuicios en sus actividades profesionales porque no podía obtener con prontitud las cotizaciones en bolsa, porque los demás corredores de bolsa tenían dificultad para llamarle y por el desprestigio que le había causado esa desconexión. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminó que, en ausencia de toda justificación basada en una política establecida en otra disposición o de cualquier otro modo, la Bolsa de Nueva York había actuado en violación de la Ley Sherman, que la Ley sobre el mercado de valores no concedía ninguna exención a las bolsas en materia de represión de los monopolios y que la negativa colectiva a mantener el servicio telefónico privado se había producido en circunstancias totalmente injustificables y sin seguir un procedimiento justo. *Silver v. New York Stock Exchange*. 373 U.S. 341 (1963). Para más detalles véase *idem*, párr. 55.

<sup>75</sup> Una alternativa a la expresión "redunda en beneficio común" de la última parte del artículo propuesto podría ser "no produce daño a la comunidad". De esta forma será posible evitar que la carga de la prueba recaiga injustificadamente en las sociedades y lleve a prácticas contrarias a la competencia (comentario remitido por el Gobierno de los Estados Unidos).

<sup>76</sup> Comentario transmitido por la Comisión de las Comunidades Europeas. Los ejemplos mencionados en el párrafo 1 del artículo 85 son los siguientes: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

<sup>77</sup> La normativa española sobre esta materia se estableció por Real Decreto N° 157/1992 de 21 de febrero de 1992, que desarrolla la Ley N° 16/1989, de 17 de julio de 1989.

<sup>78</sup> Decreto N° 2153, de 30 de diciembre de 1992, sobre la Superintendencia de Industria y Comercio. Art. 49.

<sup>79</sup> Ley N° LVII de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Art. 17 1) (Hungría).

<sup>80</sup> Revisión de 2000 de la Ley lituana. Sec. 54.

<sup>81</sup> Ley, de 30 de mayo de 1995, sobre la competencia y la limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos. Art. 6 3).

<sup>82</sup> Decreto N° 03-03 sobre la competencia, de julio de 2003.

<sup>83</sup> Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

<sup>84</sup> Comentarios presentados por la Comisión de las Comunidades Europeas.

<sup>85</sup> Comentarios presentados por el Gobierno de Túnez.

<sup>86</sup> Comentarios presentados por la Comisión de las Comunidades Europeas.

<sup>87</sup> Hay que distinguir entre la utilización de la cuota de mercado simplemente como obstáculo legal, como en el caso del Reino Unido en el que el 25% de cuota de mercado permite que la empresa o empresas sean investigadas en vez de que se presuma su culpabilidad, y una cuota de mercado crítica que da lugar a controles automáticos, como ocurre en la Federación de Rusia, donde las empresas con más del 35% del mercado tienen la obligación de notificar tal situación al organismo encargado de la competencia, son incluidas en el "registro de monopolios" y están sometidas a cierta supervisión estatal (comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido).

<sup>88</sup> Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990. Art. 2, 7).

<sup>89</sup> Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, de protección y promoción de la competencia. Art. 3 3) a) (República Checa).

- <sup>90</sup> Ley de Mongolia de prohibición de la competencia desleal. Art. 3 1).
- <sup>91</sup> Información proporcionada por el Gobierno del Canadá.
- <sup>92</sup> Ley, de 30 de mayo de 1995, sobre la competencia y la limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos. Art. 4.
- <sup>93</sup> Ley (reformada) contra las restricciones de la competencia, de 1957. Sec. 19 3).
- <sup>94</sup> Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto Akzo, 3 de julio de 1991.
- <sup>95</sup> Ley sobre la competencia y el comercio leal de 1994. Sec. 7 2).
- <sup>96</sup> Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas, sentencia sobre el asunto *Michelin*, 9 de noviembre de 1993.
- <sup>97</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 14 de febrero de 1978. *United Brands Company y United Brands Continental BV contra la Comisión*, 27/76, 1978, ECR 207. *Compagnie Maritime Belge C-395/96 P y C-396/96 P* [2000] ECR I-1365; *Airtours (Asunto T-349/99)* [2002] ECR II-2585.
- <sup>98</sup> Comentario transmitido por la Comisión de las Comunidades Europeas. Sentencia en el asunto *Vetro Piano* en Italia, 10 de marzo de 1992.
- <sup>99</sup> Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión en el asunto *Nestlé-Perrier*, de 22 de julio de 1992.
- <sup>100</sup> Información facilitada por el Gobierno del Reino Unido.
- <sup>101</sup> Para más información sobre la legislación estadounidense (jurisprudencia del Tribunal Supremo) en materia de restricciones verticales distintas a los precios en la distribución, véase *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253, 83 S.Ct. 696, 9 L.Ed.2d 738 (1963) (aplica el criterio del carácter razonable); *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S.365, 87 S.Ct. 1856, 18 L.Ed.2d 1249 (1967) (aplica el criterio de la ilegalidad intrínseca), y en especial *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977) (rechaza el criterio de la ilegalidad intrínseca del asunto *Schwinn* y vuelve al criterio del carácter razonable).
- <sup>102</sup> Ley de 2 de septiembre de 1993 de la República Popular de China de represión de la competencia desleal. Art. 11. La Ley enumera también varios casos no considerados desleales, como la venta de productos frescos, la baja estacional de los precios, el cambio de línea de producción y el cierre del negocio.
- <sup>103</sup> Ley de Mongolia de prohibición de la competencia desleal. Art. 4 3).
- <sup>104</sup> Ley N° LVII de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Art. 21 h) (Hungría).
- <sup>105</sup> *McDonald v. Johnson and Johnson*, N° 4-79-189 (D. Minn, 14 de abril de 1982).
- <sup>106</sup> Asunto *Hugin Liptons*. Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1977 (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, L.22, de 17 de enero de 1978). Véase asimismo, Instituto Chemioterapico Italiano SPS Commercial Solvents, sentencia de 6 de marzo de 1974.
- <sup>107</sup> Véanse los asuntos *Effem and Atlas Building Products Company v. Diamond Block & Gravel Company*.
- <sup>108</sup> Véase nota 12. Decreto legislativo N° 701 de 1992 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas que afectan a la libre competencia. Art. 5 b).
- <sup>109</sup> Ley de prácticas comerciales de 1974. Sec. 49 1).
- <sup>110</sup> Información comunicada por el Gobierno de Suecia.
- <sup>111</sup> Véase la Ley de defensa del consumidor de 1987, que considera delito toda "indicación engañosa sobre los precios". Cuando se examine si una determinada indicación sobre los precios es engañosa, las partes pueden remitirse al Código de Conducta aprobado por la Secretaría de Estado en 1988. El párrafo 1.6.3 c) aconseja a los comerciantes que establezcan comparaciones con un precio recomendado a menos que "el precio no sea

considerablemente superior a los precios a que realmente se vende el producto en el momento en que por primera vez se hace la comparación". En otras palabras, puede considerarse que un minorista que dice "Precio al por menor recomendado XXX libras; mi precio es la mitad" proporciona una indicación engañosa sobre los precios, cometiendo en consecuencia un delito tipificado en la Ley de defensa del consumidor si el precio al por menor recomendado es considerablemente superior a los precios a que normalmente venden las mercancías otros minoristas.

<sup>112</sup> Ley de la competencia de 1985. Sec. 61 4).

<sup>113</sup> *Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, N° L.377/16, de 31 de diciembre de 1980.

<sup>114</sup> *Cinzano and Cie. GmbH v. Jara Kaffee GmbH and Co.*, decisión de 2 de febrero de 1973.

<sup>115</sup> *Tepea B. V. contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 28/77; decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1976. La decisión de la Comisión fue confirmada por el Tribunal Europeo de Justicia en su resolución de 24 de junio de 1978.

<sup>116</sup> Sentencia dictada el 10 de octubre de 1978, asunto 3/78: (1978) ECR 1823.

<sup>117</sup> Decisión del 22 de julio de 1991 sobre el asunto *Tetra Pak* y decisión del 22 de diciembre de 1987 sobre el asunto *Hilti*. Estas decisiones fueron confirmadas, respectivamente, por sentencias del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de octubre de 1994, y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 2 de marzo de 1994.

<sup>118</sup> Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

<sup>119</sup> En relación con las negativas unilaterales a tratar véase: *United States v. Colgate & Co.*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. También *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.*, 504 US 451 (1992) (donde se mantiene que el derecho monopolístico a negarse a tratar con un competidor no es absoluto y que el jurado debe poder decidir si el demandado adujo razones que eran un pretexto).

<sup>120</sup> En los Estados Unidos se han considerado ilegales los acuerdos condicionados cuando los vendedores explotan su poder de mercado respecto de un producto para obligar a los compradores que no lo deseen a adquirir otro. Véase *Jefferson Parish Hospital District N° 2 v. Hyde*, 466 V.S.2, 12 (1984); *Northern Pac. Ry Co. v. United States*, 356 US1, 6 (1958); *Times - Picayune Pub. Co. v. United States*, 345 US 594, 605 (1953). De conformidad con la Ley Sherman hay responsabilidad por condicionar cuando i) se trate de dos productos diferentes; ii) el demandado no ofrezca otra posibilidad a sus clientes que adquirir el producto vinculado si quiere obtener el producto que se vincula; iii) el acuerdo afecta a un volumen sustancial del comercio interestatal; y iv) el demandado tiene "poder de mercado" en el mercado del producto que se vincula. *Jefferson Parish Hospital District N° 2 v. Hyde*, 466 US.2 (1984) *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 US, 451, 461-62 (1992). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido los acuerdos de ventas condicionadas como sigue: "un acuerdo por una parte de vender un producto pero sólo a condición de que el comprador adquiera también un producto distinto (o vinculado), o acceda al menos a no adquirir ese producto de cualquier otro suministrador". *Northern Pac. Ry v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed.ed 545 (1958). También ha declarado que "el contrato usual de ventas condicionadas obliga al cliente a aceptar un producto o marca que no siempre desea para asegurarse el que desea. Como un acuerdo de esa naturaleza es intrínsecamente contrario a la competencia, hemos (el Tribunal Supremo de los Estados Unidos) estimado que su utilización por una empresa conocida es susceptible de "disminuir sustancialmente la competencia" aunque sólo afecte a un volumen de comercio relativamente reducido". *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 330, 82 S.Ct. 1502, 1926, 8 L.Ed. 2d 510 (1962).

<sup>121</sup> En el estudio de la secretaria de la UNCTAD titulado "Las prácticas de vinculación de las compras" (TD/B/RBP/18) figura un análisis de las diversas formas de vinculación de las compras y la situación jurídica en distintos países.

<sup>122</sup> Ordenanza N° 95-06, de 25 de enero de 1995, sobre la competencia. Art. 7.

<sup>123</sup> Ley N° LVII de 1996 de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Art. 21 f).

<sup>124</sup> Ley de Mongolia de prohibición de la competencia desleal. Art. 4 5).

- <sup>125</sup> Ley federal de cárteles y otras restricciones a la competencia, de 6 de octubre de 1995 (cart. RS 251, FF 1995 I 472). Art. 7 f).
- <sup>126</sup> MERCOSUR/CMC N° 21/94, decisión sobre la protección de la competencia. Anexo, art. 4 d).
- <sup>127</sup> Véase la nota 88.
- <sup>128</sup> Véase la nota 39.
- <sup>129</sup> Comunicación de Costa Rica.
- <sup>130</sup> Hasta ahora, el control de las fusiones se ha presentado en la Ley tipo, como en el conjunto, en relación con el concepto de "abuso de una posición de dominio". En consonancia con la legislación moderna en materia de competencia, ahora se propone incluir en la Ley tipo una disposición separada sobre el control de las fusiones.
- <sup>131</sup> Ley de 1994 sobre la competencia y el comercio leal (Zambia).
- <sup>132</sup> Ley de 2002 sobre la competencia. Sec. 2 (India).
- <sup>133</sup> Ley de 1994 sobre la competencia y el comercio leal (Zambia).
- <sup>134</sup> Ley de 1996 sobre la competencia (Zimbabwe).
- <sup>135</sup> Información facilitada por las autoridades de Argelia.
- <sup>136</sup> Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas. Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las concentraciones entre empresas. (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, L.395, de 30 de diciembre de 1989), en particular el artículo 1.
- <sup>137</sup> Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, L.395, de 30 de diciembre de 1989), modificado por el Reglamento (CE) N° 1310 97 del Consejo (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, 180, de 9 de julio de 1997).
- <sup>138</sup> En el documento TD/B/RPB/80/Rev.1 figura un análisis detallado de la concentración del poder de mercado mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, y sus efectos en los mercados internacionales, en particular los de los países en desarrollo.
- <sup>139</sup> En el artículo 9 del Reglamento N° 4064/89 del Consejo figuran las disposiciones relativas a la remisión del caso a las autoridades competentes de los Estados miembros.
- <sup>140</sup> En el artículo 22 del Reglamento N° 4064/89 del Consejo figuran las disposiciones relativas a la remisión por las autoridades competentes de los Estados miembros de una operación para su estudio por la Comisión Europea.
- <sup>141</sup> Por ejemplo, la Oficina de Comercio Leal coreana declaró ilegal la concentración de dos empresas que controlaban, respectivamente, 54 y 19% del mercado de estabilizadores de cloruro de polivinilo. Se ordenó a la compañía adquirente que vendiera las acciones. En asunto *Dong Yang Chemical Industrial Co.*, 1 KFTC 153, de 13 de enero de 1982.
- <sup>142</sup> Véase la nota 18.
- <sup>143</sup> Comentarios presentados por el Gobierno de Australia.
- <sup>144</sup> Según la experiencia de los Estados Unidos, es muy poco probable que las fusiones de carácter heterogéneo planteen problemas de competencia. (Comentario transmitido por el Gobierno de los Estados Unidos). En el Reino Unido es poco probable que una fusión se someta a control si no hay superposición en ningún mercado. (Comentario comunicado por el Gobierno del Reino Unido.)
- <sup>145</sup> Véase Orden del Ministerio de Economía, Finanzas e Industria, de 4 de julio de 2001, después de la opinión del Consejo sobre la Competencia de 12 de junio de 2001 ([www.concentrations.mienfi.gouv.fr](http://www.concentrations.mienfi.gouv.fr)).

<sup>146</sup> La empresa estadounidense Gillette adquirió el 100% de Wilkinson Sword, empresa británica, con la excepción de las actividades basadas en la Unión Europea y en los Estados Unidos. Por causa de los reglamentos de control de las fusiones en la Unión Europea y en los Estados Unidos, Gillette sólo había adquirido hasta entonces el 22,9% de participación en el capital sin derecho de voto en Eemland Holding N.V., empresa neerlandesa que es el único accionista de Wilkinson Sword Europe, pero con unos acuerdos adicionales que preveían una influencia importante desde el punto de vista competitivo sobre Eemland y, por consiguiente, también sobre Wilkinson Sword Europe. Gillette y Wilkinson son los fabricantes más importantes de productos para el afeitado, como cuchillas y máquinas de afeitar, en todo el mundo, que es el mercado pertinente tal como lo definieron todas las autoridades que intervinieron en el asunto. Aunque las cuotas de mercado de las dos empresas variaban según el país, ocupaban en casi todo el mercado geográfico pertinente las dos posiciones más importantes. En la mayoría de los países de Europa occidental, Gillette y Wilkinson representaban conjuntamente una cuota de mercado del 90% aproximadamente. En marzo de 1993, Eemland vendió su empresa Wilkinson Sword a Warner Lambert y transfirió las marcas y los negocios en los distintos países no miembros de la Unión Europea. Estas transacciones dieron lugar a la presentación de demandas por prácticas contrarias a la competencia en 14 jurisdicciones de todo el mundo. Este caso ilustra muy bien los problemas que plantean algunos asuntos de ámbito internacional porque pueden causar efectos contrarios a la competencia en muchos países y, por consiguiente, dar lugar a muchas demandas con arreglo a leyes diferentes. Para las empresas afectadas, así como para las administraciones interesadas, estos asuntos pueden entrañar operaciones sumamente costosas en recursos humanos y financieros. Es evidente que estos problemas no existirían si estos asuntos pudieran tratarse con arreglo a una sola ley y ante una sola autoridad. Como esta autoridad no existe, parece que tanto a las empresas participantes como a las autoridades de defensa de la competencia les interesa que exista una estrecha cooperación entre las autoridades de los distintos países. Para otros asuntos, véase: "Casos de prácticas comerciales restrictivas que tienen efectos en más de un país, en particular en los países en desarrollo y en otros países, con conclusiones generales acerca de las cuestiones planteadas por estos casos" (UNCTAD, TD/RBP/CONF.4/6).

<sup>147</sup> Obsérvese que en virtud de la legislación del Reino Unido, la vinculación mediante consejeros comunes no constituye por sí sola una situación de fusión. Es más probable que una vinculación mediante consejeros comunes, sin un intercambio considerable de acciones, dé lugar a acuerdos restrictivos, pero no a fusiones. Comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido.

<sup>148</sup> La situación no tiene que examinarse sólo en lo concerniente a los consejos de administración. En los Estados Unidos, la sección 8 de la Ley Clayton prohíbe a una persona que sea miembro del consejo de administración o directivo elegido o nombrado por el consejo de dos o más sociedades anónimas si i) el capital conjunto, el excedente y el beneficio no dividido de cada una de las sociedades es superior a 10 millones de dólares (cifra reajustada con la inflación); ii) las sociedades se dedican en todo o parte a actividades comerciales; y iii) las sociedades son "competidoras", o bien un acuerdo entre ellas violaría cualquiera de las leyes antimonopolio. 15 U.S.C. 19 a) 1) B). En la sección 8 figuran varias excepciones de acuerdos que tienen poco riesgo de daño significativo (por ejemplo, cuando las ventas competitivas de cada compañía son inferiores al 2% de las ventas totales de esa compañía).

<sup>149</sup> N. Muhammad, "Promoting Competition in Regulated Sectors of State Enterprises and the Role of Government on Monopoly Practices in Indonesia". Quinto curso sobre política de la competencia del Programa Social para el Progreso del Foro CEAP, Bangkok, marzo de 2001.

<sup>150</sup> En una reciente mesa redonda de la OCDE, organizada por el Comité de Derecho y Política de la Competencia, se ha mostrado también que pueden hallarse regímenes reguladores específicos en la radiodifusión y la televisión, la televisión por cable, la aviación civil, la navegación de altura, los productos farmacéuticos, la banca, el transporte interurbano en autobús y el camionaje, etc. Véase OCDE, "The relationship between Competition and Regulatory Authorities", *OCDE Journal of Competition Law and Policy*, París, 1999, vol. 1, N° 3, págs. 169 a 246. Véanse también los documentos preparados para un reciente simposio del Banco Interamericano de Desarrollo, celebrado en Washington, DC. en abril de 2001, sobre política de la competencia en servicios de infraestructura.

<sup>151</sup> Esos efectos de red o "externalidades de red" se dan con frecuencia en sectores de tecnología de la información y las comunicaciones. Muchas veces son beneficios derivados de encontrarse en una red mayor, o de una norma adoptada más ampliamente, pues con ello aumenta el número de personas con quienes se puede interactuar o realizar transacciones económicas. Siempre que se trate de costos de conexión (o compatibilidad) con dos o más redes (o normas), los consumidores pagarán más por estar en una red más vasta. A los mercados con externalidades de redes bastante grandes podría bastarles con una sola empresa. Estos hechos se deducen de los estudios realizados por el Comité de Derecho y Política de la Competencia de la OCDE para elaborar una recomendación sobre la separación de industrias integradas verticalmente, redactada en 2000. Véase en particular OCDE, *Structural Separation in Regulated Industries*, París, 2000.

<sup>152</sup> Véase I. De León, *The Role of Competition Policy in the Regulation of Structure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience*. Washington, DC, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de trabajo, 2001.

<sup>153</sup> R. G. Maru, "Promoting Competition in Regulated Sectors or State Enterprises in Papua New Guinea". Quinto curso sobre política de la competencia del Programa Social para el Progreso del Foro CEAP, Bangkok, 2001.

<sup>154</sup> Recientemente se ha señalado que en los países en desarrollo de América del Sur en muchos casos los organismos de defensa de la competencia no tienen la facultad de imponer sanciones o anular la decisión de los organismos reguladores. Se ha afirmado que cuando las empresas reguladas gozan de inmunidad respecto a la legislación de defensa de la competencia no hay seguridad de que estarán debidamente reguladas de plantearse el caso, ya que los organismos reguladores carecen de personal especializado. Cuando se detectan determinadas conductas y no interviene ningún organismo de defensa de la competencia a causa de la inmunidad mencionada, el organismo regulador no está legalmente facultado para actuar. Así ocurre, por ejemplo, en los entes reguladores de energía de Colombia y la Argentina, que detectaron comportamientos abusivos entre los productores de gas pero no pudieron intervenir. De León, *op. cit.*, pág. 3.

<sup>155</sup> Entre otras muchas exposiciones, véase Chul Ho Ji, *Promotion of Competition in State-owned Enterprises (SOEs) and Regulated Sectors in Korea*. Quinto curso sobre política de la competencia del Programa Social para el Progreso del Foro CEAP, Bangkok, 2001.

<sup>156</sup> Véase en particular OCDE, *Report on Regulatory Reform*, vols. I y II, París, 1997. Con respecto a los países en desarrollo y los países en transición, véase D. Zemanovicova, *Regulatory Barriers to Economic Competition in Transitional Countries*, Bratislava, 1998 (publicado en el marco del Programa Phare-ACE).

<sup>157</sup> Véase, por ejemplo, OCDE, *Antitrust and Market Access: The Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*. París, 1996.

<sup>158</sup> Este párrafo y los análisis siguientes, inclusive el recuadro 15 sobre el sometimiento de los gobiernos locales a un examen de la competencia en la Unión Europea, se han añadido al presente documento en vista de las reiteradas peticiones de la Federación de Rusia formuladas en las reuniones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia que se celebraron en 2000 y 2001.

<sup>159</sup> La política de liberalización de la Unión Europea figura en una serie de textos llamados "directivas". Los principales textos jurídicos que incorporan la noción de servicios de interés general y disposiciones sobre competencia que preservan el interés general son los siguientes: la Directiva N° 71/305/CEE (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1971, L 185/5), enmendada mediante la Directiva N° 89/440/CEE (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1989, L 210/1) y codificada mediante la Directiva N° 93/37 (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1993, L 199); Directiva del Consejo N° 77/62/CEE sobre la coordinación de los procedimientos de examen para la adjudicación de los contratos públicos (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1977/L 13/1), codificada por la Directiva N° 93/96 CEE (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1993, L 199); Directiva del Consejo N° 89/665/CEE sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de examen para la adjudicación de los contratos públicos de suministro y de obras (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1989, L 395/33), modificada por la Directiva N° 92/50 (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1992, L 209); la Directiva del Consejo N° 90/531/CEE relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1990, L 297/1), codificada por la Directiva N° 93/38 (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1993 L 199); la Directiva del Consejo N° 92/13/CEE relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1992, L 76/14); la Directiva del Consejo N° 92/50/CEE relativa a la coordinación de los procedimientos para la adjudicación de los contratos de los servicios públicos (*Diario Oficial* de las Comunidades Europeas 1992, L 209/1). Además, para determinar qué se entiende por "interés general", en sus Directivas de 1996, la Comisión Europea explicó que la extensión de las normas sobre competencia no sería incompatible con las obligaciones de servicio público que podrían imponer los organismos públicos a las entidades públicas o privadas que prestaran servicios para proteger la cohesión económica y social, el medio ambiente, la planificación y la promoción de los intereses del consumidor, así como el aprovechamiento de la tierra. Véase Comisión Europea, *Communication on Services of General Interest in Europe*, Bruselas, septiembre de 1996.

- <sup>160</sup> Véase, por ejemplo, OCDE, Review of Regulatory Reform in Spain, París, OCDE, 2000, pág. 164.
- <sup>161</sup> Resolución 39/248 de la Asamblea General, de 9 de abril de 1995.
- <sup>162</sup> *Ibid.* Sec. 15.
- <sup>163</sup> Ordenanza (reformada) de monopolios y prácticas comerciales restrictivas, junio de 1980.
- <sup>164</sup> Decreto N° 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el que se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio. Art. 3. La Superintendencia está encargada también de aplicar las leyes sobre patentes, marcas, protección de los consumidores, cámaras de comercio, normas técnicas y metrología.
- <sup>165</sup> Decreto-ley N° 25868. Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Art. 2. Incumbe también al INDECOPI la aplicación de las leyes sobre dumping y subvenciones, protección de los consumidores, publicidad, competencia desleal, metrología, control de calidad, barreras no arancelarias, procedimientos concursales, marcas, patentes, variedades de plantas, denominaciones de origen y transferencia de tecnología.
- <sup>166</sup> Ley N° 22.262 de defensa de la competencia. Art. 7.
- <sup>167</sup> Decreto N° 511, de 27 de octubre de 1980. Art. 16. Referencia al Decreto legislativo N° 2.760.
- <sup>168</sup> Decreto N° 511, de 27 de octubre de 1980. Referencia al Decreto legislativo N° 2.760. Art. 16. Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas que afectan a la libre competencia. Art. 10.
- <sup>169</sup> Ley federal N° 8.884, de 1994, sobre el sistema de defensa de la competencia.
- <sup>170</sup> Ley N° LVII, de 1996, de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Art. 38 3) d).
- <sup>171</sup> Ley antimonopolios y sobre prácticas de fijación de precios, B.E. 2522 (1979) Sec. 12 6).
- <sup>172</sup> Comentarios proporcionados por el Gobierno del Reino Unido.
- <sup>173</sup> Ley federal sobre la competencia económica.
- <sup>174</sup> Ley N° LVII, de 1996, de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas.
- <sup>175</sup> Ley, de 2 de septiembre de 1993, de la República Popular de China para la represión de la competencia desleal. Art. 32.
- <sup>176</sup> Comentario presentado por el Gobierno de Panamá.
- <sup>177</sup> Ley N° LVII de 1996, arts. 43/G - 43/L.
- <sup>178</sup> Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia. Art. 13 1) c) y 2) (Portugal).
- <sup>179</sup> Ordenanza N° 86-1243, de 1° de diciembre de 1986, sobre liberalización de precios y competencia. Art. 44.
- <sup>180</sup> Ley, de 15 de noviembre de 1991, sobre organización y actividades de la Comisión de Defensa de la Competencia. Art. 4 3).
- <sup>181</sup> Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia. Art. 13 1), b), c) y d).
- <sup>182</sup> Ley N° 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia. Artículo 26. Véase más información en Tribunal de Defensa de la Competencia, Memoria de 1992, pág. 66.
- <sup>183</sup> Ley de la protección de la competencia económica. Art. 50 b).

- <sup>184</sup> Acuerdo Euromediterráneo de Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra (22 de abril de 2002).
- <sup>185</sup> Ley federal sobre la competencia económica, 1992. Art. 31 2), y reglamento interno de la Comisión Federal de la Competencia, de 12 de octubre de 1993. Art. 4.
- <sup>186</sup> Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia. Art. 19.
- <sup>187</sup> Ley federal de cárteles y otras restricciones a la competencia, de 6 de octubre de 1995 (Cart. RS 251, FF 1995 I 472). Art. 25.
- <sup>188</sup> Decreto legislativo N° 701 de 1992 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas que afectan a la libre competencia. Art. 23 (información proporcionada por el Gobierno del Perú).
- <sup>189</sup> Información facilitada por la Comisión de las Comunidades Europeas.
- <sup>190</sup> H. R. 29, Ley de reforma de la ley antitrust, de 1990.
- <sup>191</sup> Comunicación enviada por el Gobierno del Japón.
- <sup>192</sup> Ley N° LVII, art. 78 8).
- <sup>193</sup> Ley N° 15, de 15 de diciembre de 2000, relativa a la protección de la competencia y l consumidores (arts. 101 y 103 a) y Reglamento del Consejo de Ministros de mayo de 2004 relativo al procedimiento en caso de que un empresario pida al Presidente de la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores que no le imponga una multa o que reduzca su cuantía (*Diario Legislativo* de 2004, N° 130, art. 1380).
- <sup>194</sup> Información proporcionada por el Gobierno de los Estados Unidos.
- <sup>195</sup> Ley N° LVII de 1996, de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas. Arts. 72 1) c) y 2).
- <sup>196</sup> Ordenanza N° 86-1243, de 1° de diciembre de 1986, sobre liberalización de precios y competencia. Arts. 12 y 15.
- <sup>197</sup> Ley federal sobre la competencia económica, 1992. Artículo 35 I).
- <sup>198</sup> Información facilitada por el Gobierno de los Estados Unidos. Nótese que en los Estados Unidos la venta o liquidación de activos es considerada como un "recurso estructural", que requiere cierto desmantelamiento o venta de las estructuras que contribuyan a una restricción continua del comercio, la monopolización o la adquisición. El alivio estructural puede desglosarse en tres categorías: disolución, venta de activos y liquidación forzosa. La disolución se refiere en general a una situación en la que se trata de disolver una combinación o asociación supuestamente ilegal; puede incluir la venta de activos y la liquidación forzosa como métodos para lograr ese fin. La venta de activos atañe a las situaciones en que los demandados se ven obligados a desprenderse de propiedades, valores u otros activos. La liquidación forzosa es un término utilizado generalmente para indicar los efectos de una decisión judicial por la que se ordena la venta de ciertos tipos de activos; se aplica especialmente a los casos en que el procedimientos judicial tiene por objeto conseguir garantías contra los abusos monopolísticos resultantes de la propiedad o control integrados de una sociedad (como la integración vertical de las funciones de fabricación y distribución o la integración de la propiedad y venta de productos diversificados que no tienen relación de uso o función. Este tipo de recurso no está previsto expresamente en la legislación. Ahora bien, la sección 4 de la Ley Sherman y la sección 5 de la Ley Clayton autorizan al Fiscal General a incoar un procedimiento en equidad para "impedir y reprimir las violaciones de las leyes antitrust", y disponen que "estos procedimientos podrán iniciarse mediante petición en la que se exponga el caso y se ruegue que se ordene que esta violación quede prohibida de otra manera". Además, aparte de estas autorizaciones generales concedidas por ley, lo fundamental del juicio de equidad es que el tribunal está facultado para adaptar la sentencia a las necesidades de cada caso. Así, por ejemplo, al invocar el Gobierno la autoridad general de un tribunal de equidad con arreglo a las Leyes Sherman o Clayton, el tribunal dispone de un amplio margen de libertad para adaptar su decisión a las necesidades del caso a fin de dar una solución eficaz y adecuada. Chesterfield Oppenheim, Weston & McCarthy, *Federal Antitrust Laws*, West Publishing Co., 1981, págs. 1042 y 1043. Véase también un estudio de la Comisión sobre procesos de venta o liquidación de activos, Oficina de la Competencia de la Comisión Federal de Comercio, 1999, disponible en <http://www.ftc.gov/os/1999/9908/divestiture/pdf>.
- <sup>199</sup> Comentario transmitido por el Gobierno del Reino Unido.

<sup>200</sup> Ley de la competencia, de 1992. El artículo 14 versa sobre los recursos contra las resoluciones del organismo encargado de la vigilancia de los precios y la defensa de la competencia. Cabe señalar que la ley establece que los recursos ante el tribunal no tienen efecto suspensivo de las directrices y resoluciones, a menos que el tribunal decida otra cosa.

<sup>201</sup> Ley, de 30 de mayo de 1995, sobre la competencia y la limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos. Artículo 28 acerca del procedimiento para apelar contra las decisiones del Comité Antimonopolio.

<sup>202</sup> Ley sobre la promoción de la competencia y sobre las prácticas comerciales restrictivas (Colombia).

<sup>203</sup> Decreto-ley N° 371/93, de 29 de octubre de 1993, sobre protección y promoción de la competencia. Arts. 28 y 35.

<sup>204</sup> Sección 62 de la Ley de la competencia, 1993. Sólo en los casos especificados en las secciones 60 y 61 de la ley pueden recurrirse las decisiones adoptadas por el organismo sueco de la competencia ante el Tribunal del Mercado.

<sup>205</sup> Comunicación enviada por Turquía.

<sup>206</sup> Ley, de 30 de mayo de 1995, sobre competencia y limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos. Art. 28.

<sup>207</sup> Tribunal de Prácticas Comerciales.

<sup>208</sup> Tribunal de Apelaciones, nombrado por el Ministro de Comercio.

<sup>209</sup> Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas.

<sup>210</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

<sup>211</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia.

<sup>212</sup> Véase la Ley Hart Scott Rodino de reforma de la legislación antitrust, de 1976, en el caso de los Estados Unidos.

<sup>213</sup> Ley federal sobre la competencia económica, 1992. Art. 38.

<sup>214</sup> Decreto legislativo contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas que afectan a la libre competencia. Art. 25.

<sup>215</sup> Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia. Art. 55.



# **ANEXOS**

## ANEXO I

**Denominación de las leyes de defensa de la competencia en el mundo**

Varios países han adoptado leyes de defensa de la competencia en los decenios de 1980 y 1990 y en 2000. Se ofrecen a continuación los nombres de algunas de esas leyes por orden alfabético de países.

<i>País</i>	<i>Denominación de la ley de defensa de la competencia</i>
Alemania	Ley contra las restricciones a la competencia, de 1957
Argelia	Ley de defensa de la competencia económica, Decreto N° 03-03, de julio de 2003, relativo a la competencia
Argentina	Ley N° 22.262 de defensa de la competencia, de 1980
Armenia	Ley de protección de la competencia económica, de 6 de noviembre de 2000, Ley de cárteles, de 2005
Austria	Ley de cárteles, de 2005
Bélgica	Ley de protección de la competencia económica, de 1° de julio de 1999
Brasil	Ley federal N° 8884 sobre el sistema de defensa de la competencia, de 1994
Bulgaria	Ley de defensa de la competencia, de 1998
Burkina Faso	Ley N° 033-2001/AN, de 24 de diciembre de 2001, por la que se reforma la Ley N° 15/94/ADP de regulación de la competencia en Burkina Faso, de 5 de mayo de 1994
Canadá	Ley sobre la competencia
Chile	Ley antimonopolios
China	Ley antimonopolios
Colombia	Ley sobre la promoción de la competencia y sobre las prácticas comerciales restrictivas
Costa Rica	Ley N° 7472 de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, de 20 de diciembre de 1994
Côte d'Ivoire	Ley sobre la competencia
Dinamarca	Ley de la competencia de 1997
Eslovaquia	Ley N° 136/2001 sobre la protección de la competencia económica. Ley N° 465/2002 sobre exenciones en bloque de la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia
España	Ley 16/1989 de defensa de la competencia
Estados Unidos de América	Legislación antitrust (Ley Sherman, Ley Clayton, Ley de la Comisión Federal de Comercio y Ley Hart-Scott-Rodino de control antitrust)

<i>País</i>	<i>Denominación de la ley de defensa de la competencia</i>
Estonia	Ley de la competencia
Federación de Rusia	Ley sobre la competencia y la limitación de las actividades monopolísticas en los mercados de productos
Finlandia	Ley sobre las restricciones a la competencia
Francia	Decreto N° 86-1243, de 1° de diciembre de 1986, sobre liberalización de precios y competencia
Grecia	Ley N° 703/77 de control de monopolios y oligopolios y protección de la libre competencia
Hungría	Ley N° LVII de prohibición de las prácticas de mercado desleales y restrictivas, de 1996
India	Ley sobre la competencia, de 2002
Irlanda	Ley de la competencia, de 1991, y Leyes de fusiones y absorciones (Control), de 1978 a 1996; Ley de la competencia de 2002
Israel	Ley de restricción del comercio, 5748-1988
Italia	Ley N° 287/1990 de "Reglas para la protección de la competencia y el mercado"
Jamaica	Ley de competencia leal
Japón	Ley de prohibición de los monopolios privados y de mantenimiento de un comercio leal, también conocida como "Ley antimonopolio"
Kenya	Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control del comercio
Lituania	Ley sobre la competencia, de 1999
Luxemburgo	Ley sobre las prácticas comerciales restrictivas, de 17 de junio de 1970
Malta	Ley de regulación de la competencia y de fomento del comercio leal
México	Ley federal de competencia económica
Mongolia	Ley de prohibición de la competencia desleal
Nicaragua	Ley N° 601 de promoción de la competencia, de 24 de octubre de 2006
Noruega	Ley N° 12 de la competencia, de 5 de marzo de 2004
Nueva Zelandia	Ley de comercio, de 1986
Países Bajos	Ley de la competencia, de 22 de mayo de 1997
Pakistán	Decreto sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas (control y prevención)
Panamá	Ley de defensa de la competencia

<i>País</i>	<i>Denominación de la ley de defensa de la competencia</i>
Perú	Decreto legislativo contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas que afectan a la libre competencia
Polonia	Ley de protección de la competencia y de los consumidores, de 15 de diciembre de 2000
Portugal	Ley N° 18/2003, de 11 de junio de 2003, Decreto-ley N° 10/2003, de 18 de enero de 2003
Reino Unido	Ley sobre comercio leal, de 1973, Ley de la competencia, de 1980, Ley de la competencia, de 1989, Ley de empresas, de 2002
República Checa	Ley de protección de la competencia comercial
República de Corea	Ley de regulación de monopolios y comercio leal
Singapur	Ley de competencia (capítulo 50B)
Sri Lanka	Ley de la Comisión de Comercio Leal
Sudáfrica	Ley sobre la competencia (Ley N° 35, de 2000)
Suecia	Ley sobre la competencia, de 1993
Suiza	Ley federal sobre cárteles y otras restricciones de la competencia, de 1985
Trinidad y Tabago	Ley de competencia leal, de 2006
Turquía	Ley N° 4054 de protección de la competencia, de 7 de diciembre de 1994, modificada por la Ley N° 5388, de 2005
Ucrania	Ley sobre protección de la competencia económica, de 11 de enero de 2001
Unión Europea	Reglas sobre la competencia del Tratado de la Unión Europea
Venezuela	Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia
Zambia	Ley sobre la competencia y el comercio leal, de 1994
Zimbabwe	Ley sobre la competencia, de 1996

## ANEXO II

## Los regímenes antitrust de notificación de fusiones en el mundo

<i>Régimen de notificación obligatoria antes del cierre</i>		<i>Régimen de notificación obligatoria después del cierre</i>	<i>Régimen de notificación voluntaria</i>
Albania	Kenya	Argentina	Australia
Alemania	Letonia	Ex República Yugoslava de Macedonia	Chile
Argelia	Lituania	Federación de Rusia	Côte d'Ivoire
Argentina	Macedonia	Grecia	India
Austria	México	Indonesia (desde marzo de 2000)	Noruega
Azerbaiyán	Países Bajos	Japón	Nueva Zelanda
Belarús	Polonia	República de Corea	Panamá
Bélgica	Portugal	Sudáfrica	Reino Unido
Brasil	Provincia china de Taiwán	Túnez	Venezuela
Bulgaria	República Checa		
Canadá	República de Corea		
Chipre	República de Moldova		
Colombia	Rumania		
Croacia	Rusia		
Dinamarca	Suecia		
Eslovaquia	Suiza		
Eslovenia	Tailandia		
España	Túnez		
Estados Unidos	Turquía		
Estonia	Ucrania		
Finlandia	Unión Europea		
Francia	Uzbekistán		
Grecia	Yugoslavia		
Hungría			
Irlanda			
Israel			
Italia			
Japón			
Kazajstán			

Fuente: UNCTAD, *Manual de legislación sobre la competencia*.

## ANEXO III

## Selección de regímenes de control de fusiones

## 1. PAÍSES CON RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA ANTES DEL CIERRE

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
<b>ALEMANIA</b>					
Nueva legislación en vigor desde enero de 1999 Régimen obligatorio Forma de la notificación: ningún formulario especial; más breve que el formulario CO; en alemán	Cifra de negocios conjunta mundial de todas las partes superior a 1.000 millones de marcos alemanes, siempre que además al menos una de las partes tenga una cifra mínima de negocios de 50 millones de marcos en Alemania (exenciones <i>de minimis</i> ). Notificación previa a la fusión en cualquier momento antes de concluir ésta.	Fase 1: un mes desde la notificación. Fase 2: tres meses más. Efectos suspensivos: prohibición de perfeccionar la fusión antes de la aprobación (posibilidad de exención por razones de peso).	Si la fusión creará o reforzará o no una posición de mercado dominante (presunciones legales) que no se compense con el mejoramiento de las condiciones del mercado.	Incumplimiento del deber de notificar; notificación incompleta, incorrecta o fuera de plazo: multa de hasta 50.000 marcos. Conclusión de la fusión antes de la aprobación: multa de hasta 1 millón de marcos o tres veces los ingresos adicionales; nulidad de la operación. Incumplimiento del deber de notificar la conclusión de la fusión: multa de hasta 50.000 marcos.	Disposiciones especiales para el sector de la radiodifusión. Otras normas sobre notificación para bancos y compañías de seguros. Notificación "sin demoras" una vez concluida la fusión notificada.
<b>ARGELIA</b>					
Régimen obligatorio	Cuando la competencia pueda verse afectada por un fortalecimiento considerable de una posición dominante en un mercado. La cuota de mercado resultante representa como mínimo el 40% del mercado.	Tres meses	Cuando la competencia pueda verse afectada por un fortalecimiento considerable de una posición dominante en un mercado.		El Gobierno puede anular una decisión de la Junta de Defensa de la Competencia por la que se rechaza una fusión si ello está justificado por el interés público.
<b>BÉLGICA</b>					
Régimen obligatorio	La cifra total de negocios de las empresas es como mínimo 100 millones de euros en Bélgica o dos de las empresas situadas en Bélgica registran cada una 40 millones de euros en concepto de cifra de negocios en Bélgica.	40 días laborables (primera fase), 60 días laborables (segunda fase)	Importantes obstáculos para lograr una competencia eficaz.		
<b>BRASIL</b>					
Régimen obligatorio	La cuota de mercado resultante de la fusión será como mínimo del 20% del mercado de que se trate, o la cifra de negocios en todo el mundo superará 400 millones de reales.  La notificación deberá hacerse en los 15 días hábiles siguientes a la ejecución de la operación.	30 días en la SEA + 30 días en la SDE + 60 días en el CADE, plazos que se interrumpen cada vez que las autoridades envían cartas oficiales pidiendo más información.  No hay efectos suspensivos.	Sólo se aprueban las operaciones lesivas o restrictivas de la competencia si mejoran el rendimiento empresarial en beneficio de los consumidores.	Incumplimiento del deber de notificar: las sanciones van de 55.000 a 5,5 millones de reales.	Los sectores regulados también están sujetos a normas especiales.
<b>CANADÁ</b>					
Régimen obligatorio	Es obligatoria la notificación previa si con la fusión se exceden los límites legales respecto de la propiedad de activos y ventas.  Las partes podrán hacer la notificación en todo momento desde que tengan un principio de acuerdo, siempre que haya información suficiente para llenar el formulario.	El plazo es de 14 ó 42 días, según se elija el formulario largo o el abreviado (en este último caso, el Comisario puede ampliar el plazo). Excepcionalmente, el Director puede acortar el plazo. Los plazos tienen efecto suspensivo.	Que la fusión impida o reduzca, o pueda impedir o reducir, la competencia notablemente en el mercado de que se trate.	El incumplimiento del deber de notificación previa de una operación es un delito que se castiga con multa de 50.000 dólares canadienses.	Las operaciones entre no canadienses deberán notificarse de acuerdo con la Ley canadiense de inversiones y podrán tener que notificarse de conformidad con las disposiciones de notificación de la Ley de la competencia si se superan sus umbrales. Las fusiones de medios de difusión, compañías de seguros, sociedades de crédito y bancos, entre otros, pueden estar sujetas a

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
<b>COLOMBIA</b>					notificación y revisión según las leyes especiales de cada sector.
Régimen obligatorio	Las empresas que realicen las mismas actividades, por ejemplo, producción, suministro, distribución o consumo de determinados artículos, materias primas, productos, mercancías o servicios, y cuyos activos, individual o conjuntamente, alcancen como mínimo 20 millones de pesos (aproximadamente 10.000 dólares de los EE.UU.) deberán notificar todo proyecto de consolidación o fusión.	El Superintendente tiene 30 días bancarios desde la fecha de presentación de la información para rechazar la fusión propuesta. Si en dicho plazo el Superintendente no responde, podrá procederse a la fusión.	Si la fusión restringe indebidamente o no la competencia.	Si no se cumplen todos los requisitos legales, la fusión se considerará nula de pleno derecho.	La sentencia de la Corte Constitucional que declara inconstitucional el Decreto N° 1122 de 1999 es un revés para el control de las fusiones en Colombia; se espera que el contenido del Decreto N° 1122 vuelva a aprobarse próximamente, ya que en su sentencia la Corte Constitucional no observó el procedimiento debido.
<b>ESPAÑA</b>					
Régimen obligatorio	<p>a) Como consecuencia de una transacción, se adquiere o incrementa respecto de cierto producto o servicio una proporción igual o superior al 25% del mercado nacional o de un mercado geográfico definido dentro de éste, o</p> <p>b) La cifra global de negocios de todos los participantes en España supera la suma de 240.404.841,75 euros en el último ejercicio contable, siempre que por lo menos dos de los participantes tengan una cifra de negocios individual en España de más de 60.101.210,44 euros</p>	<p>Fase 1: un mes a partir de la fecha de la notificación al servicio de defensa de la competencia para que efectúe un análisis y posible presentación de la solicitud al Ministerio de Economía con miras a su remisión al tribunal de defensa de la competencia.</p> <p>Fase 2: ante el tribunal de defensa de la competencia: dos meses.</p> <p>Fase 3: el tribunal de defensa de la competencia remite su informe al Ministro de Economía, el cual lo lleva al Consejo de Ministros; éste, a su vez, tiene como máximo un mes para decidir si se opone o no se opone a la concentración, la prohíbe o supedita su autorización al cumplimiento de ciertas condiciones. Incluso si el informe del tribunal no es vinculante, el Consejo de Ministros ha de exponer las razones de cualquier decisión que no se ajuste informe.</p>	<p>La decisión del Ministerio de Economía en cuanto a si un proyecto de concentración o una transacción pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado se lleva a cabo previo análisis de sus efectos restrictivos posibles o reales, prestando especial atención a las circunstancias siguientes:</p> <p>a) Definición del mercado pertinente;</p> <p>b) Estructura del mercado pertinente;</p> <p>c) Posibilidades de elección ofrecidas a los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios;</p> <p>d) Poder económico y financiero de las empresas involucradas;</p> <p>e) Evolución de la oferta y de la demanda;</p> <p>f) Competencia externa.</p> <p>El Tribunal también puede considerar la contribución que esa concentración puede entrañar a los efectos de mejorar los sistemas de producción y comercialización, promover el progreso técnico o económico, la competitividad internacional de la industria nacional o los</p>	<p>1. La infracción de la obligación de notificar se sanciona con una multa de hasta 30.050,61 euros y 12.020,24 euros por cada día en que se retrasa la notificación. El Servicio de Defensa de la Competencia puede proponer que el Gobierno imponga multas obligatorias de hasta 2 millones de pesetas, o 12.020 euros, por cada día que transcurra sin que se cumplan las obligaciones pertinentes de conformidad con el Acuerdo. Sin perjuicio de lo que antecede, el hecho de no cumplir lo dispuesto en el artículo 17 puede dar lugar a que el Gobierno imponga a cada una de las empresas involucradas multas de hasta el 10% de su respectiva cifra de negocios en España en el ejercicio económico en que haya tenido lugar la transacción relacionada con la concentración.</p>	El concepto de concentración y el método de calcular la cifra de negocios se basan en las normas sobre el control de las fusiones de la Unión Europea y las comunicaciones de la Comisión de la Unión Europea. Existen normas especiales para calcular la cifra de negocios en los sectores de los seguros y financiero, sobre la base de una oferta pública de adquisición de acciones en la bolsa de valores

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
			intereses de los consumidores y usuarios y si esa contribución compensa sus efectos restrictivos en materia de competencia. En el caso de las empresas participantes, el Tribunal lleva a cabo un análisis especial de los posibles efectos restrictivos sobre la competencia dimanantes de la presencia de la empresa participada y de las empresas matrices en el mismo mercado o en mercados ascendentes, descendentes o próximos.		
<b>ESTADOS UNIDOS</b>					
Régimen obligatorio	Cuando las pruebas de comercio, tamaño de las partes y volumen de la operación sean positivas y no haya derecho de exención.	Plazo inicial de 30 días (15 días en el caso de oferta pública de compra de acciones al contado). El plazo puede ampliarse o reducirse emitiendo una segunda solicitud. La fase 2 termina a los 20 días del cumplimiento por todas las partes de la segunda solicitud (en el caso de las ofertas públicas de compra de acciones al contado, la fase 2 termina 10 días después del cumplimiento de la segunda solicitud por la empresa adquirente). La operación se suspende mientras se cumplen los plazos.	Si la operación puede o no reducir notablemente la competencia o contribuir a la formación de un monopolio.	Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 11.000 dólares al día; puede ordenarse la venta de activos.  La operación no produce efectos antes de la aprobación. La misma sanción se aplica si la operación se concluye antes de la aprobación.	Normas especiales para determinados sectores (telecomunicaciones y banca).
Cada parte debe presentar una notificación.					
Los derechos de notificación (que debe pagar la empresa adquirente) son de 45.000 dólares.	No hay plazo para presentar la notificación.				
<b>FRANCIA</b>					
Régimen obligatorio	La notificación previa de las operaciones de concentración es obligatoria si se alcanzan los límites legales para que haya control, definidos por la cifra de negocios de las empresas de que se trate (cifra de negocios total superior a 150 millones de euros y cifra de negocios individual realizada por al menos dos de las empresas de que se trate en Francia superior a 15 millones de euros). La notificación puede efectuarse en cualquier momento a partir de que las partes hayan llegado a un acuerdo irrevocable.	La primera fase dura cinco semanas contadas desde la recepción de la notificación completa (o hasta ocho semanas en total si las partes presentan información ulterior).  La segunda fase, en el que el Consejo de la Competencia tiene que emitir una opinión consultiva al Ministro, dura cuatro meses suplementarios (aumentados en su caso en cuatro semanas si las partes facilitan información ulterior).  La operación se suspende hasta la	El Ministro verifica si la operación "atenta" a la competencia, en particular creando o reforzando una posición dominante o creando o reforzando una capacidad de compra que coloca a los proveedores en una situación de "dependencia económica" y eventualmente si la operación contribuye al "progreso económico y social de manera suficiente para compensar los atentados a la competencia".  Las partes pueden proponer medidas para remediar el problema	Incumplimiento de la notificación o ejecución anticipada de la misma: multa hasta del 5% de la cifra de negocios realizada en Francia (1,5 millones de euros para las personas físicas).  Omisión o declaración inexacta en la notificación: la misma multa y posibilidad de retirar la autorización si se ha concedido, con la obligación de repetir la notificación o de volver al estado anterior.  Incumplimiento de los compromisos o condiciones: remisión para que manifieste su opinión al Consejo de	La noción de concentración y el modo de calcular las cifras de negocios que obligan a notificar son idénticos a los del Reglamento N° 4064/89 de la CEE para facilitar la labor a las empresas cuando tratan de determinar el control al que quedan sometidas.  Se prevén disposiciones especiales para el audiovisual y el sector bancario. Las operaciones que tengan un escaso impacto sobre los mercados de que se trate son objeto de una notificación abreviada (en el caso

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
		decisión final, salvo en el caso de ofertas públicas (los títulos pueden adquirirse, sin que los derechos puedan ejercerse) o si se concede una derogación específica a las partes que la hayan solicitado.	de la competencia.  Al final de la fase 2, el Ministro puede también establecer las condiciones en las que se autoriza la operación.	la Competencia que constata el eventual incumplimiento y fija la sanción dentro de los mismos límites; el Ministro puede así mismo retirar la autorización o conceder un plazo de ejecución bajo apercibimiento.	de no haber mercado afectado).
<b>INDIA</b>					
Régimen obligatorio	Ley de sociedades: compra de acciones superior al 25%; transferencia de activos superior al 10%. Código de absorciones: compra de acciones del 10% o más.	Ley de sociedades: acciones de empresas extranjeras: 60 días. Ningún otro plazo.	El interés de la sociedad, el interés público o el interés de los accionistas.	Incumplimiento de la obligación: las sanciones previstas.	Normas especiales para sociedades extranjeras que operan en la India.
<b>ITALIA</b>					
Régimen obligatorio	Cifra de negocios conjunta en Italia de todas las empresas de que se trate superior a 387 millones de euros o si la cifra de negocios en Italia de la empresa que se vaya a adquirir supera 39 millones de euros. Los límites se revisan todos los años en una cuantía equivalente al incremento del deflactor de precios del PIB.	Fase 1: 30 días desde la notificación; 15 días desde la notificación de una oferta pública de adquisición.  Fase 2: 45 días más (prorrogables otros 30 en caso de información insuficiente).	Si la fusión creará o reforzará o no una posición dominante en el mercado nacional que amenace con eliminar o reducir la competencia de manera notable y prolongada.	Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta un 1% de la cifra de negocios de las partes en Italia en el año anterior al pliego de cargos.  Ejecución antes de la aprobación: no se sanciona.	Normas especiales para los sectores de la distribución cinematográfica, así como para los bancos. Honorario en concepto de notificación cifrado en el 1% del valor de las fusiones notificadas, entre un mínimo de 3.000 euros y un máximo de 50.000 euros.
Forma de la notificación: un formulario especial. Información detallada análoga a la del formulario CO. En italiano.	Notificación previa a la fusión, en cualquier momento antes de perfeccionarse.	Efectos no suspensivos. En general, la operación puede realizarse después de la notificación. Efectos suspensivos: mientras se lleva a cabo la investigación, el organismo italiano encargado de la competencia podrá decretar la suspensión de la operación hasta la decisión final salvo en el caso de ofertas públicas de adquisición.		Incumplimiento de los requisitos relativos a la prohibición de concentración: multas desde un mínimo del 1% hasta un máximo del 10% de la cifra de negocios de la empresa que es objeto de la concentración y si ésta ya ha tenido lugar el organismo podrá imponer medidas para restaurar las condiciones de una competencia eficaz y suprimir cualquier efecto que la distorsione.	
<b>JAPÓN</b>					
Régimen obligatorio	Las existencias cuyos derechos de voto exceden del 10, 25 ó 50% están sujetas a un requisito de notificación en el caso de las fusiones, las divisiones (establecimiento conjunto y división de la adquisición), la adquisición de empresas u fusiones, las divisiones (divisiones de establecimiento, división de la adquisición) y las adquisiciones de empresas (en lo sucesivo denominadas fusiones, etc.) entre una empresa con activos totales por más de 10.000 millones de yen y una empresa con activos totales por más de 1.000 millones de yenes.	Fase 1: la Comisión de Comercio Leal examinará el caso dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la aceptación de la verificación.  Fase 2: si la Comisión de Comercio Leal exige que las partes presenten los informes necesarios dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación, la Comisión examinará el caso dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la aceptación de la notificación o de los 90 días siguientes a la fecha de la aceptación de todos los	Se dará la aprobación si la fusión o cesión de empresas no restringe notablemente la competencia en el mercado de que se trate.	Incumplimiento del deber de notificar: multa máxima de 2 millones de yenes.  Ejecución antes de la aprobación: multa máxima de 2 millones de yenes.	En los casos en que se adquiera una parte considerable de un negocio, el requisito de notificación se considerará en función de las ventas anuales de la empresa adquirente.

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
		necesarios informes, en función de cuál de ambas fechas sea la posterior.			
<b>MÉXICO</b>					
Régimen obligatorio	Procedimiento normal: alrededor de 40 días naturales; en casos complejos pueden alargarse hasta 145 días.	1) Adquisición de una empresa que valga alrededor de 44 millones de dólares de los EE.UU. o más;	General: reducción, obstaculización o prevención de la competencia.	Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 300.000 dólares de los EE.UU. y nulidad de pleno derecho de la operación.	Las normas de la competencia se aplican en esferas muy reguladas.
La notificación se hará mediante un escrito y un formulario. Éste se cumplimentará parcialmente si es evidente que no hay efectos en mercados. Se cumplimentará totalmente si es necesario evaluar una concentración en mercados. Escrito y formulario se presentarán en español.	Notificación antes de que las fusiones entren en vigor. Una concentración debe ser notificada si actualiza cualquiera de los siguientes umbrales: i) Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; ii) Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35% o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; o iii) Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 4,8 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior o igual a 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal.	2) Adquisición de al menos el 35% de una empresa con activos o ventas superiores a 176 millones de dólares. Activos o ventas de las partes de 176 millones de dólares, incluyendo la adquisición de activos o acciones por valor igual o superior a 18 millones de dólares. Fundamentalmente activos o ventas en México. El plazo para emitir resolución es de 45 días naturales a partir de que se integra totalmente el expediente de notificación. Se entiende que el expediente está integrado totalmente cuando los agentes entregan la información que les requiere la comisión. El plazo de 45 días naturales se puede ampliar.	Específico: adquisición de poder de mercado, desplazamiento de los competidores o exclusión del mercado; fomento de prácticas contrarias a la competencia (directa o indirectamente).  Se debe identificar que el agente que concentra no adquiera o fortalezca poder sustancial en el mercado relevante; Asimismo, se debe identificar que el agente que concentra no adquiera la capacidad de realizar prácticas anticompetitivas.	Multa hasta por el equivalente a 225.000 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración prohibida por esta ley: y hasta por el equivalente a 100.000 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse.	Normas especiales para bancos y empresas de telecomunicaciones.  Están sujetos a la ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.
<b>PORTUGAL</b>					
Régimen obligatorio	Cuota de mercado conjunta en Portugal superior al 30% o cifra de negocios conjunta en Portugal superior a 30.000 millones de escudos.  Notificación: antes de realizar las operaciones jurídicas por las que la concentración entra en vigor y antes de anunciar cualquier oferta pública relacionada con la concentración.	Fase 1: 40 días desde la notificación (prorrogables si se solicita más información o si se notifica información falsa) o 90 días si las autoridades inician el procedimiento de oficio. La notificación se envía al Ministro encargado de comercio para que resuelva.  Fase 2: en los 50 o, como máximo,	Si la operación creará o reforzará o no una posición dominante en Portugal, o en buena parte del país, que pueda impedir, falsear o restringir la competencia. No obstante, la operación puede autorizarse si: 1) el saldo económico de la fusión prevista es positivo. O si: 2) la competitividad internacional de las empresas participantes	Incumplimiento del deber de notificar: multa de 100.000 a 100 millones de escudos.  Ejecución antes de la aprobación: la operación no produce efectos jurídicos hasta la aprobación.	La ley no se aplica a los concesionarios de servicios públicos en el ámbito de la concesión. Las disposiciones sobre control de fusiones no se aplican a los sectores de banca, crédito o seguros, que no obstante están sujetos a disposiciones especiales de carácter cautelar. Pueden ser aplicables, entre otras normas, el Código de Sociedades Mercantiles, la

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
		95 días siguientes a la notificación, dependiendo de la evaluación positiva o negativa de la operación. COL. Suspensión hasta la aprobación.	mejora notablemente.		legislación financiera y de valores, y las normas relativas a la inversión extranjera.
<b>PROVINCIA CHINA DE TAIWÁN</b>					
Régimen obligatorio	Toda combinación importante de entidades en la Provincia china de Taiwán en la que: i) la empresa resultante adquiera una cuota de mercado de al menos un tercio; o ii) una empresa participante tenga una cuota de mercado de al menos una cuarta parte; o iii) las ventas de una empresa participante superen los 5.000 millones de dólares de Taiwán.	La Comisión de Comercio Leal debe conceder o no la aprobación en los dos meses siguientes a la recepción de la solicitud o, en caso de requerirse enmiendas o suplementos de aquélla, en los dos meses siguientes a la recepción de las enmiendas o suplementos.	Si las ventajas para la economía de Taiwán en general superan o no a las desventajas para la competencia.	Incumplimiento del deber de notificar: la Comisión de Comercio Leal puede: i) prohibir la fusión; ii) ordenar la separación de las empresas fusionadas; iii) ordenar la venta total o parcial de los activos de la nueva empresa; iv) ordenar el despido del personal; v) dictar cualquier otra orden necesaria. El incumplimiento de ese deber se castiga además con una sanción administrativa de entre 100.000 y 1.000.000 de dólares de Taiwán, que puede imponerse consecutivamente.	Normas especiales para las inversiones extranjeras en telecomunicaciones, servicios financieros, etc.
Forma de la notificación: formulario especial	Notificación previa a la ejecución.	Suspensión hasta la aprobación.		El incumplimiento de las órdenes dictadas por la Comisión de Comercio Leal puede llevar a la suspensión, cesación o disolución forzosa de la empresa.	
<b>REPÚBLICA DE COREA</b>					
Régimen obligatorio	Notificación en los 30 días siguientes a las operaciones de que se trate.	30 días (prorrogables como máximo a 60).  Efectos suspensivos: deben transcurrir 30 días desde la notificación para proceder a la fusión o adquisición (el plazo puede acortarse o ampliarse).	El criterio fundamental es si la fusión o adquisición propuesta tiene o no efectos contrarios a la competencia en el mercado. La cuota de mercado es un factor importante para determinar si se dan esos efectos.	Incumplimiento del deber de notificar: multa de hasta 100 millones de won.  Conclusión antes de la aprobación: la Comisión de Comercio Leal puede pedir en juicio la nulidad de la fusión de empresas que infrinjan el plazo de suspensión; multa de hasta 100 millones de won.	Normas especiales respecto de las concentraciones de <i>chaebol</i> (conglomerados) y las instituciones financieras.
<b>SUDÁFRICA</b>					
Régimen obligatorio	La notificación debe hacerse dentro de los siete días siguientes al primero de los hechos siguientes: la conclusión del acuerdo de fusión, el anuncio público de una oferta de fusión, o la adquisición por una parte de una participación mayoritaria en la otra.	En las fusiones medianas, el plazo de obtención del certificado de autorización de la Comisión es de 30 días, sin perjuicio del derecho de la Comisión a ampliar dicho plazo a un máximo de 60 días. Si la Comisión no responde en el plazo prescrito, se entiende concedida la aprobación. En las grandes fusiones, los plazos pueden ser mayores y no se	Si la fusión puede o no impedir o reducir la competencia en un mercado determinado. En caso afirmativo, si hay o no ventajas tecnológicas, de rendimiento u otras que favorezcan la competencia y compensen los efectos contrarios a ella, y si la fusión puede o no justificarse por motivos fundados de interés público.	Puede imponerse una sanción administrativa de hasta el 10% de la cifra de negocios en Sudáfrica y de las exportaciones cuando las partes concluyan la fusión sin obtener la aprobación o infringiendo las condiciones establecidas por las autoridades. Se faculta a las autoridades para ordenar la venta de activos.	Para evaluar un proyecto de fusión se tienen en cuenta los factores sociales y políticos, además de las cuestiones ordinarias de rendimiento económico y beneficio a los consumidores.  Normas especiales para las inversiones extranjeras en banca y radiodifusión.



## 2. PAÍSES CON UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA DESPUÉS DEL CIERRE

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
<b>ARGENTINA</b>					
Régimen obligatorio	<p>Precisan previa aprobación las fusiones y adquisiciones de empresas cuyas ventas en Argentina alcanzan o superan 200 millones de dólares de los EE.UU. o cuyos ingresos en todo el mundo sobrepasan 2.500 millones de dólares.</p> <p>Notificación: con anterioridad o en la semana siguiente a la ejecución del acuerdo, la publicación de la oferta o la adquisición del control.</p>	45 días	Si la fusión o adquisición puede o no provocar o consolidar una posición dominante en el mercado en contra del interés económico general.	<p>El incumplimiento del deber de notificar se sanciona con una multa de hasta 1 millón de dólares por cada día de demora.</p> <p>La conclusión de una fusión o adquisición sin respetar la ley puede dar lugar a la imposición de multas de 10.000 a 150 millones de dólares. Los tribunales pueden ordenar además la disolución, liquidación o desconcentración de las empresas de que se trate o la cesión de sus activos entre ellas.</p>	<p>No hay datos de la aplicación de la ley porque acaba de aprobarse.</p> <p>Los futuros reglamentos de aplicación aclararán algunas de sus disposiciones.</p>
<b>ESPAÑA</b>					
Régimen obligatorio	Cifra de negocios conjunta en España superior a 40.000 millones de pesetas y al menos dos partes con una cifra de negocios superior a 10.000 millones de pesetas cada una, o una cuota de mercado conjunta en España (o en un mercado "definido" en España) de al menos 25%.	<p>Fase 1: un mes desde la notificación.</p> <p>Fase 2: siete meses desde la notificación.</p> <p>Suspensión: no hay obligaciones suspensivas.</p>	Si la fusión afectará o no al mercado español, en particular por la creación o fortalecimiento de una posición dominante que impida una competencia efectiva.	<p>Incumplimiento del deber de notificar: multas de hasta 5 millones de pesetas.</p> <p>Incumplimiento del deber de notificar después del requerimiento de las autoridades: multa de hasta 2 millones de pesetas por día de demora.</p> <p>Ejecución antes de la aprobación: no se sanciona.</p>	Normas especiales para los sectores de electricidad, banca, telecomunicaciones y seguros.
Forma de la notificación: formulario especial.					
Información detallada análoga al formulario CO. En español.					
<b>JAPÓN</b>					
Régimen obligatorio	Las existencias cuyos derechos de voto son superiores al 10, 25 ó 50% están sujetas a un requisito de notificación cuando una empresa con activos por más de 2.000 millones de yen y con activos totales por más de 10.000 millones de yen adquiere derechos de voto de una empresa con activos totales por más de 1.000 millones de yen. Ha de presentarse un informe dentro de los 30 días siguientes a la fecha de registro de las existencias.	<p>Fase 1: la Comisión de Comercio Leal examinará el caso dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la aceptación de la notificación.</p> <p>Fase 2: si la Comisión de Comercio Leal exige que las partes presenten los informes necesarios dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la notificación, la Comisión examinará el caso dentro de los 120 días siguientes a la fecha de la aceptación de la notificación o de los 90 días siguientes a la fecha de la aceptación de todos los informes necesarios, en función de cuál de ambas fechas sea la posterior.</p>	Se dará la aprobación si la fusión o cesión de empresas no restringe considerablemente la competencia en el mercado de que se trate.	<p>Incumplimiento del deber de notificar: multa máxima de 2 millones de yenes.</p> <p>Ejecución antes de la aprobación: multa máxima de 2 millones de yenes.</p>	En los casos en que se adquiriera una parte considerable de un negocio, el requisito de notificación se considerará en función de las ventas anuales de la empresa adquirente.

## 3. PAÍSES CON UN RÉGIMEN DE NOTIFICACIÓN VOLUNTARIA

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
<b>NORUEGA</b>					
Régimen voluntario	No hay límites jurisdiccionales (sino directrices no vinculantes).	El organismo de defensa de la competencia puede intervenir en una fusión hasta seis meses después de la fecha del acuerdo final (el plazo puede ampliarse a un año). La notificación voluntaria abre un procedimiento contencioso en el que el organismo tiene tres meses para decidir si investiga o no la fusión. Si no responde en el plazo de tres meses, la operación se considerará aprobada. Si decide investigarla, tiene un plazo de seis meses para decidir. La fusión no suspende sus efectos durante la investigación.	El criterio fundamental es si la operación provocará o reforzará o no una restricción considerable de la competencia. La aprobación consta de tres fases: 1) Se determina primero si la cuota conjunta de mercado de las partes supera el 40% o si las cuotas de mercado de los tres mayores agentes del mercado, incluidas las partes, superan el 60%; 2) Se determina después si las partes, como resultado de la operación, podrán ejercer poder de mercado; 3) Se determina por último si la operación dará origen a mejoras de eficiencia que compensen los efectos negativos de la restricción de la competencia.	No hay multas u otras sanciones por no notificar la operación o por ejecutarla antes de la aprobación del organismo de defensa de la competencia. El incumplimiento de las decisiones del organismo es un delito que puede acarrear multas o penas de prisión de hasta tres años (seis años si hay circunstancias agravantes). El organismo de la competencia puede imponer también multas periódicas y obligar a las partes a renunciar a todos los beneficios obtenidos como consecuencia del incumplimiento de sus decisiones.	Normas especiales para banca, seguros, navieras, minería, energía, medios de difusión, telecomunicaciones y agricultura.  Notificación obligatoria según la Ley de adquisiciones de 1994.
No hay límites jurisdiccionales. El organismo de defensa de la competencia puede intervenir en una fusión hasta seis meses después de la fecha del acuerdo final.	No hay plazos para notificar.				
<b>NUEVA ZELANDIA</b>					
Se aplica un régimen voluntario a todas las fusiones que provoquen o puedan provocar una posición de dominio o reforzarla (directrices).	Se aplica a todas las fusiones que provoquen o puedan provocar una posición de dominio o reforzarla (directrices).  No hay plazo oficial. El consentimiento, cuando se requiera, deberá pedirse y obtenerse antes del cierre.	No hay calendario oficial.  Proceso de aprobación: 10 días hábiles.  Proceso de autorización: 60 días hábiles.  Los plazos podrán ampliarse con el acuerdo de los solicitantes.  Efectos suspensivos: la operación no podrá cerrarse sin la aprobación.	Que la fusión o adquisición no provoque o refuerce una posición dominante en el mercado, salvo que el daño a la competencia se compense con un provecho para el público.	No se sanciona la falta de notificación ni la ejecución antes de la aprobación.  Las infracciones a la ley pueden dar lugar a diversas órdenes y sanciones, como interdictos, multas de hasta 5 millones de dólares neozelandeses (2,25 millones de dólares de los Estados Unidos), órdenes sobre venta de activos y gestión, y daños y perjuicios.	Las inversiones extranjeras en Nueva Zelandia están sujetas a requisitos de aprobación (sobre todo cuando se adquieren tierras).  También pueden ser aplicables a las fusiones y adquisiciones la Ley de sociedades, la Ley de inversiones en ultramar y las reglas de admisión a cotización en bolsa.
Forma de notificación: formulario especial.					
<b>REINO UNIDO</b>					
Régimen voluntario	Activos mundiales de la empresa que vaya a absorberse superiores a 70 millones de libras esterlinas o cuota de mercado conjunta en el Reino Unido de nueva creación o aumentada del 25%.	No hay calendario oficial a menos de notificación oficial.  Fase 1: normalmente, de cuatro a siete semanas.  Fase 2: máximo de 24 semanas en principio, aunque son posibles prórrogas Efectos suspensivos: no hay efectos suspensivos.	Si se espera que la fusión redunde en una disminución sustancial de la competencia.	Falta de notificación: no se sanciona.  Ejecución antes de la aprobación: no se sanciona.	Normas especiales para medios de difusión, abastecimiento de agua y bancos. La seguridad nacional puede ser un factor en las decisiones.
Forma de la notificación: oficial u oficiosa. En el primer caso, ha de utilizarse el formulario prescrito por la Oficina de Comercio Leal. En inglés.	Notificación: no hay plazo oficial.				

<i>Países</i>	<i>Cuándo se debe notificar y en qué plazo</i>	<i>Plazos de aprobación (fase 1/fase 2)</i>	<i>Motivo en que se funda la aprobación</i>	<i>Sanciones</i>	<i>Observaciones</i>
<b>VENEZUELA</b>					
Régimen voluntario	Monto global de ventas superior al equivalente de 1,8 millones de dólares de los EE.UU.	Cuatro meses, que pueden ampliarse otros dos.	Factores que deben considerarse:	No se sanciona la falta de notificación ni la ejecución antes de la aprobación.	Normas especiales para el cálculo de los límites aplicables a bancos y compañías de seguros.
Forma de la notificación: formulario especial.	No hay plazo para notificar.	Efectos suspensivos: ninguno.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1) Nivel de concentración en el mercado de que se trate antes y después de la operación;</li> <li>2) Barreras a la entrada de nuevos competidores;</li> <li>3) Disponibilidad de productos sustitutivos;</li> <li>4) Posibilidad de colusión entre los restantes proveedores, y</li> <li>5) Ventajas de la operación (competencia efectiva, interés de los consumidores, reducción de costos y nuevas tecnologías).</li> </ol>		Normas especiales para seguros y telecomunicaciones.  Si la operación no se notifica, Procompetencia puede abrir una investigación sobre sus efectos para la competencia en el mercado venezolano dentro del año siguiente a la conclusión de la operación.