



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

Distr. limitada
26 de mayo de 2015
Español
Original: inglés

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

Ginebra, 6 a 10 de julio de 2015

Tema 6 a) del programa provisional

Examen de la aplicación y ejecución del Conjunto

Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2015)

Capítulo IV revisado*

* El presente documento es una revisión del documento TD/RBP/CONF.7/L.4.



Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2010): Capítulo IV

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

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

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

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

b) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado de referencia 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, entre otras cosas mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre empresas participadas;

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

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

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

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

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

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

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

III. Autorización o exención

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

Comentarios al capítulo IV y planteamientos alternativos de las legislaciones existentes

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

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

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

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

Introducción

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

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

3. La cuestión de si debe considerarse que una empresa ocupa una posición dominante se aborda de muy diversas formas en las distintas leyes de defensa de la competencia. En algunas de esas leyes no se define de forma concreta qué es una posición dominante, sino que su existencia o inexistencia depende del juicio económico de las autoridades competentes en la materia. Los organismos de defensa de la competencia tendrán que evaluar en cada caso diversos factores que influyen en la determinación de la existencia de una posición dominante. El disfrute de una cuota de mercado significativa es un dato que tiende a indicar que una empresa goza de una posición dominante en el mercado de referencia. No obstante, en muchos ámbitos jurídicos, el disfrute de una cuota de mercado significativa no basta por sí mismo para determinar la existencia de una posición dominante, ya que algunos mercados muestran un alto nivel de competencia a pesar de contar con un número de actores relativamente reducido. Deberían tenerse en cuenta, además, otros indicadores del mercado, como las barreras a la entrada y la existencia de competidores reales y potenciales, la duración de esa cuota de mercado significativa, el poder de compra, las economías de escala y de alcance, el acceso a los mercados de abastecimiento y la integración vertical, la madurez y vitalidad del mercado, el acceso a insumos importantes y los recursos financieros de la empresa y de sus competidores.

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

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

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

7. La competencia en lo que se refiere a la entrada de empresas y las importaciones son otros factores que es preciso tener en cuenta al determinar el carácter dominante de una empresa. Si es fácil para una o más empresas acceder a un mercado, cualquier intento de una empresa ya instalada de elevar los precios o reducir la producción en ese mercado se verá obstaculizado por las nuevas empresas. La facilidad de la entrada se determina en función de la altura de las barreras correspondientes. En el recuadro 4.1 figura un análisis específico de las barreras a la entrada. La competencia de las importaciones puede considerarse como una forma particular de entrada que tiene lugar cuando empresas extranjeras comienzan a vender productos que compiten en el mercado nacional. Así pues, las importaciones pueden constituir una importante fuente de competencia y es necesario tenerlas en cuenta al determinar la existencia de una posición dominante.

Recuadro 4.1

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

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

Las barreras estructurales a la entrada se derivan de características fundamentales del sector, como la tecnología, los costos y la demanda. No hay unanimidad 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 costos 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 solo 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 antimonopolio de la escuela de Chicago dan una definición más restringida de las barreras estructurales a la entrada. Según ellos, solo habrá barreras cuando un nuevo competidor tenga que soportar costos a los que no tengan que hacer frente las empresas ya instaladas. Por consiguiente, esta definición excluye las economías de escala y los gastos de publicidad como barreras porque son costos que las empresas instaladas han tenido que enfrentar para alcanzar su posición en el mercado. Otros economistas subrayan que los costos irrecuperables constituyen importantes barreras a la entrada. Como los nuevos competidores deben hacer frente a 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. Estas 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 lleguen a entrar en el mercado. La ocupación de la infraestructura necesaria, como las instalaciones portuarias o los medios de transporte, puede ser otra forma de barrera a la entrada.

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

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

9. En algunas jurisdicciones, el dominio del mercado no solo se refiere a la posición en que una empresa actúa unilateralmente, sino también a la situación en que varias de ellas, actuando conjuntamente, ejercen un control sobre el mercado o tienen un incentivo para actuar concertadamente y ejercer un control sobre el mercado (dominio colectivo). Esto remite claramente a los mercados en los que existe una gran concentración, en los que dos o más empresas controlan una cuota significativa 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 Europeas¹ adoptaron el mismo criterio en el fallo sobre el caso *Vetro Piano* en Italia², que pronto fue seguido de la decisión sobre la fusión Nestlé-Perrier³. El efecto acumulativo del uso de una práctica determinada, como los acuerdos de ventas condicionadas o vinculadas, pueden muy bien dar lugar al abuso de una posición de dominio.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: detección de una posición dominante

Región/país

África

Sudáfrica

La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (Nº 89), en su artículo 7, establece que una empresa ocupa una posición dominante en un mercado si se cumplen las siguientes condiciones: a) que tenga una cuota de mercado de por lo menos el 45%; b) que tenga una cuota de mercado de por lo menos el 35%, pero inferior al 45%, a menos que pueda demostrar que no tiene poder de mercado; o c) que tenga una cuota de mercado de menos del 35%, pero tenga poder de mercado.

En virtud del artículo 8 de la Ley, las empresas en una posición dominante no pueden:

- a) Cobrar un precio excesivo en detrimento de los consumidores;
- b) Negarse a dar a un competidor acceso a un producto o servicio esencial cuando le sea económicamente viable hacerlo;
- c) Realizar un acto de exclusión, que no sea uno de los actos enumerados en el párrafo d), si el efecto anticompetitivo de ese acto supera su ventaja competitiva en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia;

¹ Ahora el Tribunal General de la Unión Europea.

² Observación enviada por la Comisión Europea, fallo sobre el caso *Vetro Piano* en Italia de 10 de marzo de 1992.

³ Información facilitada por la Comisión Europea, decisión sobre el caso *Nestlé Perrier* de 22 de julio de 1992.

Región/país

d) Realizar cualquiera de los siguientes actos de exclusión, a menos que la empresa en cuestión pueda demostrar que su ventaja competitiva en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia supera el efecto anticompetitivo de su acto:

- i) Exigir a un proveedor o cliente que no trate con un competidor, o inducirlo a ello;
- ii) Negarse a suministrar bienes escasos a un competidor cuando el suministro de esos bienes sea económicamente viable;
- iii) Vender bienes o servicios con la condición de que el comprador adquiera otros bienes o servicios no relacionados con el objeto del contrato, u obligar a un comprador a aceptar una condición no relacionada con el objeto del contrato;
- iv) Vender bienes o servicios por debajo de su costo variable marginal o promedio;
- v) Comprar todos los bienes intermedios o recursos requeridos por un competidor.

Zambia

La Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010 (Nº 24), en su parte III, artículo 15, establece que “existe una posición dominante en relación con el suministro de bienes o servicios si: a) el 30% o más de esos bienes o servicios son suministrados o adquiridos por una empresa; o b) el 60% o más de dichos bienes o servicios son suministrados o adquiridos por no más de tres empresas”.

El artículo 16 establece la prohibición del abuso de posición dominante en los siguientes términos: “una empresa se abstendrá de realizar todo acto o conducta si, mediante el abuso o la adquisición de una posición dominante en el mercado, el acto o conducta limita el acceso a los mercados o restringe indebidamente la competencia de otra forma, o tiene o es posible que tenga efectos adversos en el comercio o la economía en general”. A los efectos de dicha parte, el “abuso de posición dominante” incluye los siguientes actos:

- a) Imponer, directa o indirectamente, precios de compra o venta inequitativos u otras condiciones comerciales no equitativas;
- b) Limitar o restringir la producción, los canales de comercialización o el acceso al mercado, la inversión, el desarrollo técnico o el avance tecnológico de una manera que afecte a la competencia;
- c) Aplicar condiciones desiguales a transacciones equivalentes con otros operadores comerciales;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por otras partes de condiciones adicionales que, por su naturaleza o de conformidad con los usos mercantiles, no guarden relación con la materia objeto de los contratos;
- e) Negar a cualquier persona el acceso a un producto o servicio esencial;
- f) Cobrar un precio excesivo en detrimento de los consumidores; o
- g) Vender productos por debajo de su costo marginal o variable.

Asia-Pacífico**China**

En el artículo 17 de la Ley Antimonopolio de China se define la posición dominante en el mercado como la posición que disfruta un operador empresarial que tiene la capacidad de controlar el precio o la cantidad de los productos u otras condiciones del comercio en el mercado de referencia o de obstaculizar o influir en la entrada de otros operadores comerciales en ese mercado.

Por otra parte, el artículo 18 establece seis factores principales para determinar si un operador comercial disfruta de una posición dominante en el mercado, a saber:

- a) La cuota de mercado del operador comercial y su situación competitiva en el mercado de referencia;
- b) La capacidad del operador comercial para controlar el mercado de venta o el mercado de suministro de materias primas;
- c) Las condiciones financieras y tecnológicas del operador comercial;
- d) El grado de dependencia del operador comercial por otros operadores comerciales en las transacciones;
- e) El grado de dificultad de la entrada en el mercado de referencia de otros operadores;
- f) Otros factores pertinentes para la determinación de la posición dominante en el mercado del operador comercial.

El artículo 19, párrafo 1, establece una presunción refutable de dominio cuando una empresa cumple cualquiera de las siguientes condiciones:

- a) La cuota de mercado de un operador comercial representa la mitad o más del mercado de referencia;
- b) La cuota de mercado conjunta de dos operadores comerciales representa dos tercios o más del mercado de referencia;
- c) La cuota de mercado conjunta de tres operadores comerciales representa las tres cuartas partes o más del mercado de referencia.

No obstante, en el artículo 19 se establece que si alguno de los operadores empresariales tiene una cuota de mercado inferior a una décima parte, no se considerará que esa empresa tiene una posición dominante en el mercado. Además, la presunción de que un operador empresarial tiene una posición dominante en el mercado desaparecerá si el operador consigue demostrar lo contrario.

India

El artículo 4 de 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 de referencia del país” que le permite “operar de forma independiente de las fuerzas competitivas que existan en ese mercado o influir en sus competidores o consumidores o en el mercado de referencia 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. El mismo artículo establece que ninguna empresa o grupo puede abusar de su posición dominante. Habrá abuso de posición dominante si una empresa, directa o indirectamente, impone condiciones inequitativas o discriminatorias a la compra o venta de bienes o servicios o precios

Región/país

inequitativos o discriminatorios, en particular precios predatorios, a la compra o venta de bienes o servicios.

Mongolia De conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia de Mongolia de 2010, se considera que una empresa tiene una posición dominante si, por separado o conjuntamente con otras entidades o su entidad filial, opera en el mercado con un producto determinado y representa un tercio o más de su producción y venta (artículo 5.2). Además, en virtud del artículo 5.3, se considera que una empresa que no satisface el requisito especificado en el artículo 5.2, pero es capaz de limitar las condiciones de entrada de otras empresas en el mercado o de excluirlas del mercado, tiene una posición dominante, aunque dependerá del alcance del producto, la extensión geográfica del mercado, la concentración del mercado y el poder de mercado.

Europa (Unión Europea)

República Checa En el artículo 10, párrafo 1, de la Ley Consolidada de Protección de la Competencia (2001) se establece que “una o más empresas conjuntas (dominio conjunto) tienen una posición dominante en un mercado de referencia cuando su poder de mercado les permite desempeñarse en buena parte con independencia de otras empresas o de otros consumidores”. Según se dispone en el artículo 10, párrafo 3, a menos que se demuestre lo contrario, se considerará que una empresa o empresas con un dominio conjunto no gozan de posición dominante si su cuota o cuotas en el mercado de referencia durante el período examinado son inferiores al 40%.

Estonia En Estonia, para que se considere que existe una posición de dominio, una empresa debe estar en condiciones de operar en el mercado en gran medida con independencia de los competidores, los proveedores y los compradores. Se presume la existencia de una posición de dominio si una o varias empresas tienen una cuota conjunta superior al 40% de la cifra de negocios del mercado de referencia. También se considera que tienen una posición dominante las empresas que tienen derechos especiales o exclusivos o las que controlan productos esenciales; véase el párrafo 13 de la Ley de la Competencia de 2001.

Unión Europea En el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se prohíbe el abuso de una posición dominante sin establecer previamente una definición de qué se entiende por posición dominante. En su práctica ejecutiva, las instituciones europeas han definido el dominio como una posición de fortaleza económica de la que goza una empresa que le permite evitar que en el mercado de referencia se mantenga una competencia efectiva al tener el poder de comportarse, en un grado apreciable, de manera independiente de sus competidores, sus clientes y, en última instancia, los consumidores⁴. En las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (actualmente el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes se establecen los criterios que la Comisión Europea deberá tener en cuenta al determinar la existencia de una posición de dominio, en particular:

⁴ Véanse el asunto N° 27/76 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *United Brands Company y United Brands Continental BV c. Comisión de las Comunidades Europeas* (1978), European Court Reports (ECR) 207, párr. 65, y el asunto N° 85/76 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Hoffmann-La Roche and Company c. Comisión de las Comunidades Europeas* (1979) ECR 461, párr. 38.

a) Las presiones ejercidas por los suministros existentes de los competidores en liza y la posición de mercado de estos (posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores);

b) Las presiones ejercidas por la amenaza creíble de una expansión futura de los competidores existentes o de una entrada de competidores potenciales (expansión y entrada);

c) Las presiones ejercidas por la capacidad de negociación de los clientes de la empresa (poder de negociación de la demanda).

Se hace hincapié en que las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil de la estructura del mercado y de la importancia relativa de las distintas empresas activas en el mercado. Sin embargo, la Comisión Europea interpretará las cuotas de mercado teniendo en cuenta las condiciones del mercado de referencia y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos.

Alemania

Según la Ley contra las Restricciones a la Competencia, párrafo 19, se considera que una empresa es dominante cuando, como proveedora o compradora de ciertas clases de bienes o servicios comerciales en relación con el producto y el mercado geográfico pertinente, no tiene competidores o no está expuesta a ninguna competencia sustancial, o tiene una posición de mercado destacada con respecto a sus competidores. A ese respecto, se tendrán en cuenta especialmente la cuota de mercado de la empresa, su poder financiero, su acceso a los suministros o los mercados, sus vínculos con otras empresas, las barreras jurídicas o *de facto* a la entrada de otras empresas en el mercado, la competencia real o potencial de empresas establecidas dentro o fuera del ámbito de aplicación de la Ley y su capacidad para modificar su oferta o su demanda de otros bienes o servicios comerciales, así como la capacidad del otro lado del mercado para recurrir a otras empresas. Se considera que dos o más empresas son dominantes cuando no existe entre ellas una competencia sustancial con respecto a determinadas clases de bienes o servicios comerciales y satisfacen conjuntamente las condiciones establecidas anteriormente. Se presume que una empresa ocupa una posición dominante si su cuota de mercado es superior a un tercio. Se considera que un conjunto formado por un determinado número de empresas forman una posición dominante si: a) se trata de tres empresas o menos con una cuota de mercado combinada del 50%; o b) se trata de cinco empresas o menos con una cuota de mercado combinada de dos tercios, a menos que las empresas demuestren que se mantiene una competencia sustancial entre ellas, o que el conjunto de empresas combinado no tenga una posición de mercado destacada en relación con los demás competidores.

Lituania

En virtud de la Ley de Defensa de la Competencia de 1999, modificada por última vez en 2012, se entenderá por posición dominante la posición de una o más entidades económicas en un mercado de referencia en el que no tengan ninguna competencia directa o que les permita ejercer una influencia unilateral decisiva en un mercado de referencia restringiendo efectivamente la competencia. Una cuota de mercado del 40% supone una presunción de dominio. Además, la Ley presume también el dominio conjunto cuando las tres principales empresas de un mercado tienen una cuota de mercado colectiva del 70%. Los umbrales de la cuota de mercado que señalan la presunción de dominio son inferiores en el caso de los mercados al por menor: del 30% en el caso de entidades económicas individuales y del 55% en el caso de un dominio conjunto de tres o menos entidades económicas (artículo 3, párrafo 2).

Región/país

Polonia	Según el artículo 4, párrafo 10, de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor, de 16 de febrero de 2007, se entenderá por posición dominante aquella que permite a una empresa evitar la competencia efectiva en un mercado de referencia y, en consecuencia, actuar en gran medida sin tener en cuenta a sus competidores, las partes contratantes y los consumidores. Se supone que una empresa ocupa una posición dominante si su cuota de mercado supera el 40%.
España	En la legislación española de defensa de la competencia no figura ninguna definición de dominio. Según la práctica ejecutiva del organismo de defensa de la competencia, se considera que una empresa ocupa una posición dominante cuando puede actuar en gran medida con independencia de sus proveedores, clientes o competidores, y puede, por tanto, ajustar los precios o cualesquiera otras características del producto o servicio de que se trate en su propio beneficio.

Europa (fuera de la Unión Europea)

Federación de Rusia	<p>El artículo 5, párrafo 1, de la Ley Federal de Defensa de la Competencia de 2006, modificada en 2011, define la posición dominante como la posición de una o más entidades económicas en el mercado de un determinado producto que les permite ejercer una influencia crítica en las condiciones generales de la circulación de dicho producto en el mercado de referencia y/o excluir a otras entidades económicas de ese mercado y/o impedir a otras entidades económicas el acceso a ese mercado. En el artículo 5, párrafo 1, se establece la presunción de la existencia de una posición de dominio, que puede refutarse, si una empresa tiene una cuota de mercado superior al 50%.</p> <p>Según el artículo 5, párrafo 2, no se puede considerar dominante a una entidad económica cuya cuota de mercado no exceda del 35%, a excepción de los casos especificados en los apartados 3, 6 y 6.1 de dicho párrafo. De conformidad con el apartado 6.1 del artículo 5, párrafo 2, se considera que un agente económico cuya cuota de mercado es inferior al 35% ocupa una posición dominante si se cumplen todas las condiciones siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) El agente económico puede fijar unilateralmente el nivel de precios de un producto y ejercer una influencia decisiva en las condiciones generales de venta del producto en el mercado de referencia; b) Se obstaculiza la entrada de nuevos competidores en el mercado de referencia, en particular como consecuencia de restricciones económicas, tecnológicas, administrativas o de otra índole; c) El producto vendido o adquirido por un agente económico no puede ser sustituido por otro, en particular cuando se consume con fines industriales; d) La modificación del precio de un producto no causa una reducción de la demanda del producto correspondiente a dicha modificación.
---------------------	--

América Latina

Brasil	La Ley N° 12529, de 30 de noviembre de 2011, en su artículo 36, párrafo 2, establece que se asume una posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas es capaz de cambiar, de forma unilateral o conjunta, las condiciones del mercado o cuando controla el 20% o más del mercado de referencia, aunque ese porcentaje puede ser modificado por el organismo de defensa de la competencia del Brasil para sectores específicos de la economía.
--------	--

Región/país

Colombia	En el Decreto N° 2153 de 1992, artículo 45, se define la posición dominante como la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. La existencia de una posición dominante se determina caso por caso. En la legislación no se establecen umbrales.
Costa Rica	El artículo 15 de la Ley N° 7472 establece que, para determinar si un agente económico tiene un “poder sustancial” en el mercado relevante, debe considerarse: <ul style="list-style-type: none"> a) Su participación en ese mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder; b) La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores; c) La existencia y el poder de sus competidores; d) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos; e) Su comportamiento reciente.
Nicaragua	La Ley N° 601, de Promoción de la Competencia, en su artículo 21, establece que, para determinar si un agente económico tiene una posición de dominio en el mercado relevante de que se trate, se deberán considerar entre otros los criterios siguientes: <ul style="list-style-type: none"> a) La existencia de barreras de entrada al mercado de bienes o servicios, sean estas económicas y/o legales y los elementos que previsiblemente pueden alterar tanto dichas barreras, como la oferta de otros competidores; b) Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos; c) El comportamiento reciente en relación a la oferta y demanda en el mercado relevante; d) La posibilidad de sustitución o de competencia entre marcas, productos o patentes en el mercado relevante; e) El poder económico, financiero o tecnológico de los agentes económicos competidores participantes en la operación.

América del Norte

Canadá	De acuerdo con el artículo 79, párrafo 1, de la Ley de Defensa de la Competencia, para sancionar el abuso de una posición dominante, el Tribunal debe establecer primero que “a) una o más personas controlan, sustancial o completamente, en todo el Canadá o en cualquier zona del país, una clase o tipo de negocio; b) esa persona o esas personas han realizado o están realizando actos contrarios a la libre competencia; y c) esos actos han tenido, están teniendo o es probable que tengan por efecto impedir o disminuir sustancialmente la competencia en un mercado”. En las directrices actualizadas del Organismo Canadiense de Defensa de la Competencia sobre la observancia de las disposiciones relativas al abuso de una posición de dominio (artículos 78 y 79 de la Ley de Defensa de la
--------	---

Región/país

	Competencia) se explica que se entiende que el control sustancial o completo es equivalente al poder de mercado.
Estados Unidos de América	En los Estados Unidos, el poder monopolístico no está precisado en las leyes, pero los tribunales lo han definido tradicionalmente como “el poder de controlar los precios del mercado o excluir la competencia”. (<i>United States v. E.I. du Pont de Nemours and Company</i> , 351 U.S. 377, 391 (1956)). La cuota de mercado no es el único factor considerado al determinar si existe un poder monopolístico.

II. Actos o conductas considerados abusivos

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

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

12. No se puede elaborar una lista exhaustiva de los actos que pueden constituir un abuso de una posición dominante. El “abuso de una posición dominante” es un concepto que abarca todos aquellos actos que encajan en la definición enunciada en el párrafo anterior. No obstante, y a fin de guiar la observancia del cumplimiento, algunas leyes de defensa de la competencia contienen listas no exhaustivas de actos que consideran abusivos y, por tanto, quedan prohibidos. Entre esos tipos de comportamiento puede figurar una gama completa de estrategias empleadas por las empresas para elevar barreras a la entrada en un mercado. En el capítulo IV, párrafo 2, de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia figuran algunos ejemplos de actos que suponen el abuso de la posición dominante de una empresa y que se comentan a continuación. Cabe señalar que el orden de los ejemplos que se enumeran en ese capítulo no se corresponde necesariamente con su frecuencia o su gravedad como atentado contra la competencia. Cabe destacar también que actos como la imposición de precios de reventa o las importaciones paralelas se clasifican actualmente como restricciones verticales y no como abuso de una posición dominante. Aunque es probable que los actos que se enumeran atenten contra la competencia, no tiene por qué ser así en todos los casos. El organismo de defensa de la competencia debe analizar cada caso para determinar los efectos de cada una de las prácticas.

13. El marco analítico que los organismos de defensa de la competencia emplean para determinar si determinados actos realizados por empresas que gozan de una posición dominante constituyen un abuso de su poder de mercado ha evolucionado a lo largo del tiempo. Hoy día, cada vez son más los organismos que basan esa decisión en una sólida evaluación económica (el denominado análisis basado en los efectos). Tradicionalmente, en varios regímenes de defensa de la competencia se adoptaba un

planteamiento formalista según el cual el organismo de defensa de la competencia determinaba si el comportamiento analizado se correspondía con alguno de los ejemplos de comportamiento abusivo establecidos en la práctica jurídica sin realizar un análisis económico exhaustivo.

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

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

15. La cuantía apropiada al costo que se utiliza para determinar la existencia de precios abusivos varía de un ámbito jurisdiccional a otro. La mayoría de ellos convienen en que existe una fijación abusiva de precios cuando el precio de los productos se establece por debajo del costo variable promedio. No obstante, no hay unanimidad acerca de si el establecimiento de los precios por debajo del costo total promedio constituye o no una fijación abusiva de precios. Para determinar si existe un abuso de posición dominante por fijación abusiva de precios, algunas jurisdicciones requieren que la empresa en cuestión tenga una perspectiva razonable o probabilidad peligrosa de recuperar lo perdido al fijar los precios por debajo del costo. Si no se recupera lo perdido, la práctica de reducir los precios puede contribuir en realidad al bienestar del consumidor⁵. En otros ámbitos jurisdiccionales se considera que no es necesario que haya una perspectiva razonable o probabilidad peligrosa de recuperar lo perdido para determinar que se ha producido una fijación abusiva de precios⁶. El hecho de que la empresa en cuestión esté vendiendo por debajo de una cuantía apropiada al costo es suficiente.

16. Como el establecimiento de precios bajos supone normalmente un beneficio para el consumidor, las jurisdicciones pueden mostrarse renuentes a condenar esa práctica como abusiva. Según cual sea la estructura de sus mercados, las jurisdicciones deben sopesar las ventajas y los inconvenientes de esas prácticas. Los estamentos jurisdiccionales de los países en desarrollo tienden a ser menos renuentes a condenar la fijación abusiva de precios porque sus mercados pueden estar más concentrados y, como las barreras a la entrada son altas, la eliminación de un competidor pequeño puede acarrear mayores problemas. Por otra parte, los consumidores y las pequeñas empresas de los países en desarrollo pueden beneficiarse más de unos precios bajos, con lo que los organismos estarán menos dispuestos a intervenir. Así pues, es necesario alcanzar el equilibrio caso por caso.

⁵ *Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 509 U.S. 209, 113 S. Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

⁶ *Tetra Pak International SA c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto N° T-83/91 (1994), ECR II-755, Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, sentencia confirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto N° C-333/94P (1996), ECR I-5951.

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

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: comportamiento abusivo

Región/país

Asia-Pacífico

Australia La fijación abusiva de precios se contempla en dos disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010, en su artículo 46, párrafo 1AAA: si una empresa proporciona durante un determinado período de tiempo bienes o servicios a un precio inferior al costo que la provisión de esos bienes o servicios supone para la empresa, esa empresa podría estar cometiendo una infracción del párrafo 1, en el que se define el abuso de la posición dominante, aunque no esté en condiciones, ni tal vez lo esté nunca, de recuperar las pérdidas sufridas al proporcionar esos bienes o servicios.

Según el párrafo 1AA, una empresa que tenga una cuota de mercado sustancial no podrá proporcionar, ni ofrecer, bienes o servicios durante un período determinado a un precio inferior al costo que supone para la empresa la provisión de esos bienes o servicios, a fin de:

- a) Eliminar o dañar sustancialmente a un competidor de la empresa o de una persona jurídica que esté relacionada con la empresa en ese o cualquier otro mercado; o
- b) Impedir la entrada de una persona en ese o cualquier otro mercado; o
- c) Disuadir o impedir a una persona que realice una conducta competitiva en ese o cualquier otro mercado.

China El artículo 17 de la Ley Antimonopolio de China, de 30 de agosto de 2007, prohíbe a un operador comercial dominante vender productos por debajo del precio de costo sin causa justificada.

Mongolia En el artículo 7.1.4 de la Ley de Defensa de la Competencia de Mongolia de 2010 se prohíbe que una entidad comercial dominante venda sus productos a un precio inferior al costo con intención de impedir la entrada de otras entidades comerciales en el mercado y de excluirlas de él.

Europa (Unión Europea)

Unión Europea Según lo dispuesto en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la imposición directa o indirecta de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas constituye abuso de una posición dominante. En las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes se explica la forma en que la Comisión Europea analiza

Región/país

las conductas excluyentes basadas en los precios, incluida la fijación abusiva de precios. La Comisión intervendrá en general cuando haya pruebas que demuestren que una empresa dominante aplica una conducta predatoria incurriendo deliberadamente en pérdidas o renunciando a beneficios a corto plazo, a fin de excluir o tener probabilidades de excluir a uno o varios de sus competidores reales o potenciales con objeto de reforzar o mantener su poder de mercado, perjudicando así a los consumidores.

Hungría En el artículo 21 h) de la Ley N° LVII de Defensa de la Competencia de Hungría de 1996, modificada por última vez en 2010, se prohíbe fijar precios excesivamente bajos que no se basen en una mayor eficiencia en comparación con los competidores o que puedan excluir a estos de los mercados de referencia u obstaculizar su entrada en ellos.

América Latina

Brasil En el artículo 36, párrafo 3, apartado XV, de la Ley N° 12529, de 30 de noviembre de 2011, se prohíbe que una empresa situada en una posición dominante venda bienes o servicios a un precio injustificadamente bajo.

Colombia En el Decreto N° 2153 de 1992 se establece que, cuando exista una posición dominante, la fijación abusiva de precios se considerará una conducta prohibida. En su artículo 50 se establece claramente que, cuando exista posición dominante, constituye abuso de la misma la disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

América del Norte

Estados Unidos En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha sostenido que han de estar presentes dos elementos para que haya fijación abusiva de precios. En primer lugar, los precios objeto de reclamación han de ser “inferiores en una cuantía apropiada al costo”; en segundo lugar, 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. v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. (1993). Véase también *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986)). Según el Tribunal Supremo, es importante distinguir entre un recorte de precios que favorece la competencia y una fijación abusiva anticompetitiva en razón de que “bajar los precios para vender más es frecuentemente la esencia misma de la competencia” (*Matsushita Electric Industrial Company v. Zenith Radio Corporation*, 475 U.S. 574, 594 (1986)).

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

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

19. La concesión de descuentos por fidelidad es una estrategia de discriminación en el precio en virtud de la cual un vendedor ofrece a los clientes un descuento si le compran un porcentaje sustancial del total de sus adquisiciones del producto de que se trate durante un plazo determinado. Esos descuentos pueden ser eficientes y favorecer el bienestar del consumidor al suponer una reducción de los precios. Sin embargo, en ciertas circunstancias, pueden también atentar contra la competencia cuando las empresas que los aplican tienen poder de mercado. La relación entre las condiciones necesarias para obtener el descuento y la recompensa de obtener un precio menor puede dar lugar a una práctica excluyente anticompetitiva. El efecto anticompetitivo puede guardar relación con un comportamiento abusivo en el establecimiento del margen (“analogía de predación”) o con la obtención de ventas garantizadas a fin de excluir a los competidores de un mercado en disputa (“analogía de agrupación”)⁷.

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

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

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: discriminación de precios

Región/país

Australia	La discriminación de precios fue prohibida por el artículo 49 de la Ley de Prácticas Comerciales de 1974. Sin embargo, dicha prohibición fue derogada por la Ley de Reforma de la Política de Competencia de 1995. En virtud de la
-----------	--

⁷ R. O’Donoghue y A. J. Padilla, 2013, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, Oxford (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

Región/país

	<p>vigente Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010, no existe una prohibición absoluta de la discriminación de precios. Sin embargo, la discriminación de precios en determinadas circunstancias puede ser contraria al artículo 46 de la Ley, que prohíbe el abuso del poder de mercado.</p>
Colombia	<p>El Decreto N° 2153 de 1992, en su artículo 50, considera que los siguientes actos discriminatorios son abusivos siempre que una entidad comercial goce de una posición dominante: la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas; vender o prestar servicios en alguna parte del país a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del país, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción; la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.</p>
Perú	<p>Aunque las leyes consideran que la fijación discriminatoria de precios es un ejemplo de comportamiento abusivo, también establecen que no constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones (Decreto legislativo N° 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, artículo 10.2 b)).</p>
Sudáfrica	<p>La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (N° 89), en su artículo 9, establece las siguientes prohibiciones relativas a la discriminación de precios por parte de una empresa dominante: se considerará una discriminación de precios prohibida todo acto de una empresa dominante, en cuanto vendedora de bienes o servicios, que:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Probablemente tenga el efecto de impedir sustancialmente o disminuir la competencia; b) Guarde relación con la venta, en transacciones equivalentes, de bienes o servicios de igual clase y calidad a diferentes compradores; y c) Entrañe una discriminación entre dichos compradores en cuanto a: <ol style="list-style-type: none"> i) El precio cobrado por los bienes o servicios; ii) Cualquier descuento, prestación, reembolso o crédito otorgado o permitido en relación con el suministro de bienes o servicios; iii) La prestación de servicios con respecto a los bienes o servicios; iv) El pago por los servicios prestados con respecto a los bienes o servicios. <p>Sin embargo, el trato diferencial a los compradores en relación con los aspectos enumerados en el párrafo c) no se considera una discriminación de precios prohibida si la empresa dominante demuestra que el trato diferencial:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Solo es una variación razonable debida a las diferencias en el costo o el costo probable de la producción, distribución, venta, promoción o

Región/país

entrega como consecuencia de las diferentes cantidades, lugares o métodos de entrega de los bienes o servicios a los diferentes compradores;

b) Se proporciona de buena fe para contrarrestar un precio o ventaja ofertados por un competidor;

c) Se debe a las condiciones evolutivas del mercado de los bienes o servicios en cuestión, en particular a:

i) El deterioro actual o inminente de bienes perecederos;

ii) La obsolescencia de los bienes;

iii) Una venta con arreglo a un procedimiento de liquidación o embargo;

iv) Una venta de buena fe como consecuencia de la cesación del comercio de los productos o servicios en cuestión.

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

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

23. En ese contexto, debe hacerse hincapié también en que son varias las leyes sobre la competencia en las que la imposición de los precios al por menor no se considera un tipo específico de abuso de una posición dominante, sino un caso particular de acuerdo vertical anticompetitivo.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: imposición de los precios de reventa

Región/país

África

Sudáfrica

La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (Nº 89), en su artículo 5, párrafo 2, prohíbe la práctica de la imposición de precios mínimos de reventa. Sin embargo, el artículo 5, párrafo 3, establece que un proveedor o productor podrá recomendar un precio mínimo de reventa al distribuidor de un bien o un servicio, siempre que:

a) El proveedor o productor deje claro al distribuidor que la recomendación no es vinculante;

b) Si en el producto se indica su precio, se hagan constar las palabras “precio recomendado” a su lado.

*Región/país***Asia**

China La Ley Antimonopolio de China, en su artículo 14, prohíbe cualquiera de los siguientes acuerdos entre los operadores empresariales y sus socios comerciales: la fijación del precio de los productos para su reventa a terceros; la restricción del precio mínimo de los productos para su reventa a terceros; y otros acuerdos anticompetitivos que determine la Autoridad Antimonopolio del Consejo de Estado.

Europa

Unión Europea En el derecho de la competencia de la Unión Europea, la imposición del precio de reventa no se considera un tipo específico de abuso de posición dominante, sino una característica anticompetitiva de los acuerdos verticales. Según el artículo 4 a) del reglamento de 2010 relativo a la exención por categorías para determinadas categorías de acuerdos verticales, la imposición de los precios de reventa constituye una restricción especialmente grave que excluye la aplicación de la exención por categorías al acuerdo vertical en cuestión. Se define como la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.

Suecia En Suecia se ha preferido un enfoque económico de la imposición 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 que figura en la Ley de Defensa de la Competencia de 2008. En particular, el capítulo 2, artículo 7, de la Ley establece que “quedará prohibido todo abuso por parte de una o más empresas de una posición dominante en el mercado”. Dicho abuso puede consistir en imponer, directa o indirectamente, precios de compra o venta inequitativos u otras condiciones comerciales no equitativas. Con todo, establecer unos precios máximos no está prohibido con carácter general.

América Latina

Brasil La Ley de Defensa de la Competencia del Brasil (Ley N° 12529), de 30 de noviembre de 2011, en su sección IX, artículo 36, establece que el acto de imponer al comercio de bienes o servicios con distribuidores, minoristas y representantes “cualquier precio de reventa, descuento, condiciones de pago, cantidades mínimas o máximas, margen de beneficio u otras condiciones de mercado relacionadas con sus operaciones con terceros” constituye una violación del orden económico si tal práctica tiene el objetivo o efecto de limitar la competencia, controlar el mercado de referencia, aumentar los beneficios de manera arbitraria y abusar de una posición dominante, como se establece en el encabezamiento del mismo artículo.

América del Norte

Canadá Anteriormente, en virtud de la legislación canadiense sobre la competencia se imponían sanciones penales por la imposición del precio de reventa. No obstante, en 2009 se sustituyó esa vía penal por una disposición de carácter civil que permite al Tribunal de Defensa de la Competencia del Canadá prohibir la práctica únicamente si tiene un “efecto nocivo en la competencia” (Ley de Defensa de la Competencia, artículo 76). Esa disposición no se aplica

Región/país

únicamente a las empresas que disfrutaran de una posición dominante, sino a cualquier persona que: “a) se dedique comercialmente a la producción o provisión de un producto; b) ofrezca crédito mediante tarjetas de crédito o participe de cualquier otra forma en un negocio relacionado con las tarjetas de crédito; o c) sea titular de privilegios y derechos exclusivos conferidos por una patente, marca comercial, derecho de autor, modelo industrial registrado o topografía de circuito integrado registrada”.

Estados Unidos El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha mantenido que un precio mínimo de reventa es intrínsecamente ilegal a tenor del artículo 1 de la Ley Sherman, pero que debe haber un acuerdo efectivo que requiera del distribuidor que se adhiera a unos precios específicos (véase *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988)). Como imponer un precio máximo de reventa puede conducir a precios bajos, el Tribunal Supremo falló recientemente que la imposición del precio de reventa no es intrínsecamente ilegal. El Tribunal aplicó en ese caso el análisis de la conducta razonable, según el cual era necesario examinar el acuerdo para determinar si ciertamente atentaba contra la competencia (véase *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Closet*, 551 U.S. 877 (2007)).

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

24. Las importaciones paralelas constituyen la forma más habitual de las restricciones a que se hace referencia en el capítulo IV, párrafo II d), de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia. Denominadas también importaciones grises por quienes pretenden desacreditarlas, pueden describirse como bienes producidos amparados por un derecho de propiedad intelectual, como una marca comercial, patente o derecho de autor, cuyo titular, u otra persona que actúa con su consentimiento, pone en circulación en un mercado determinado y después son importados a un segundo mercado sin la autorización de quien posee el derecho de propiedad intelectual en ese mercado. Este último propietario suele ser un empresario local legítimo que intentará impedir las importaciones paralelas a fin de evitar la competencia dentro de una misma marca. La utilización de marcas diferentes para el mismo producto en distintos países, a fin de disfrazar el agotamiento internacional e impedir las importaciones de un país a otro, es otro ejemplo de las prácticas que se contemplan en la mencionada disposición de la Ley Tipo⁸.

⁸ Esa práctica fue la base del fallo del Tribunal de Justicia 3/78 (1978), ECR 1823. En una acción judicial ejercitada por Centrafarm B. V. contra American Home Products Corporation (AHP), Centrafarm alegó que, como importador paralelo, tenía derecho a vender sin autorización de AHP en los Países Bajos un determinado medicamento con el nombre comercial “Seresta”. AHP lo ofrecía a la venta en el Reino Unido con el nombre de “Serenid D”. AHP denunció una violación de sus derechos de propiedad intelectual, en tanto que Centrafarm afirmó que ambos

25. La capacidad del titular de un derecho para impedir legalmente las importaciones paralelas a un mercado concreto depende de la legislación del país importador en las esferas de la propiedad intelectual y la competencia. En un régimen de propiedad intelectual centrado en el agotamiento nacional se reconocerá el derecho a impedir las importaciones paralelas, en tanto que en otro centrado en el agotamiento internacional esas importaciones serán legales. En el caso del régimen centrado en el agotamiento nacional, los derechos exclusivos de distribución terminan con la primera venta dentro de un país, pero ello no tendrá efecto en la existencia de derechos exclusivos de distribución en otro país, con lo que los titulares locales de derechos de propiedad intelectual de ese o de otro país tendrán derecho a excluir las importaciones paralelas procedentes del país de primera venta. En el caso de un régimen centrado en el agotamiento internacional, los derechos exclusivos de distribución terminan con la primera venta en cualquier lugar del mundo, por lo que no pueden excluirse las importaciones paralelas⁹. Por último, en un régimen centrado en el agotamiento regional, los derechos exclusivos de distribución concluyen con la primera venta de los bienes protegidos dentro de una región determinada, con lo que se permite la importación paralela dentro de esa región, pero no desde fuera de la región. En ese contexto, ha de señalarse que todos esos regímenes se ajustan a la norma mínima establecida en el artículo 6 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, también conocido como Acuerdo sobre los ADPIC.

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

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

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

medicamentos eran idénticos y que, por ello, esos derechos se extinguían al comercializar el medicamento en el mercado del Reino Unido. En ese caso, el Tribunal falló que el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual podía constituir una restricción disfrazada del comercio en el mercado común 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.

⁹ Véase K. Maskus, 2001, *Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries*, disponible en http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf, consultado el 19 de mayo de 2015.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: restricciones a la importación de bienes

Región/país

Costa Rica	El régimen de propiedad intelectual de Costa Rica prevé la posibilidad de las importaciones paralelas aplicando el concepto de agotamiento internacional, siempre que no “atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente, ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de su titular o su licenciataria” (artículo 16.2 de la Ley N° 6867 de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, modificada por última vez en 2008).
Unión Europea	De conformidad con el principio del agotamiento en toda la Unión Europea, los titulares de derechos de propiedad intelectual no pueden restringir las importaciones paralelas dentro de la Unión. Esa ha sido la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde su fallo que sentó precedente en la causa <i>Deutsche Grammophon/Metro</i> ¹⁰ : El ejercicio, por el titular, del derecho exclusivo, que emana de la legislación de un Estado miembro, de poner en circulación los objetos protegidos, para prohibir en dicho Estado la comercialización en otro Estado miembro de productos puestos a la venta por él mismo o con su consentimiento, por la única razón de que esta puesta en circulación no se haya realizado en el territorio del primer Estado miembro, es contrario a las normas sobre libre circulación de mercancías en el interior del mercado común. Tal prohibición, que podría legitimar el aislamiento de los mercados nacionales, chocaría con la finalidad esencial del Tratado, que es fusionar los mercados nacionales en un mercado único.
Japón	El Japón ha adoptado medidas para evitar que se impidan deslealmente las importaciones paralelas de vajillas de porcelana, pianos, helados y automóviles de marca.
Nueva Zelanda	Las importaciones paralelas son legales cuando se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 12, párrafo 5A, de la Ley N° 143 sobre Derechos de Propiedad Intelectual de 1994. El texto de esa disposición es el siguiente: No se considerará que un artículo que una persona importe o se proponga importar a Nueva Zelanda infringe la norma sobre la copia establecida en el artículo 3 b) si: a) Fue fabricado por el titular de los derechos de autor sobre la obra en cuestión en el país en que se elaboró, o de cualquier otro derecho de propiedad intelectual equivalente, o con su consentimiento; o b) En caso de que nadie posea los derechos de autor, u otro derecho de propiedad intelectual equivalente, sobre la obra en cuestión en el país en que se elaboró: i) Hubiese expirado la protección de los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) de que anteriormente hubiera gozado la obra en cuestión en ese país; ii) La persona que pudiera reclamar los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en cuestión en ese país no hubiera adoptado las medidas legales a su disposición para obtener los derechos de autor (u otro derecho

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, N° 78/70 (1971) ECR 487.

Región/país

	de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en ese país;
	iii) El objeto sea una copia en tres dimensiones de una obra de arte que se haya utilizado industrialmente en ese país de la forma prescrita en el artículo 75, párrafo 4;
	iv) El objeto hubiera sido elaborado en ese país por el titular de los derechos de autor sobre la obra en Nueva Zelanda, o con su consentimiento.
Sudáfrica	De acuerdo con el artículo 56, párrafo 2 e), de la Ley de Patentes de 1978 (N° 57), modificada en 2002, puede otorgarse una licencia obligatoria si la demanda de un producto protegido por patente se atiende mediante la importación y el precio cobrado por el titular de la patente o su licenciario o agente para el producto patentado es excesivo en relación con el precio que se cobra en los países donde el artículo patentado es fabricado por el titular, su predecesor o su sucesor, o con su licencia.
Zimbabwe	El artículo 24A de la Ley de Patentes establece que la importación paralela está permitida “si el costo de la importación del producto es menor que el costo de comprarlo directamente al titular de la patente” ¹¹ .

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

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

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

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

¹¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Excepciones y limitaciones a los derechos conferidos por las patentes: Agotamiento de los derechos de patente, 6 de octubre de 2014 (SCP/21/7), disponible en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_21/scp_21_7.pdf, consultado el 19 de mayo de 2015.

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: negativa a tratar

Región/país

Brasil	La Ley N° 12529 de 2011, en su sección XI, artículo 36, establece que constituye una violación del orden económico negarse a vender bienes o prestar servicios en condiciones de pago que se correspondan con la práctica y las costumbres comerciales normales.
China	El artículo 17, párrafo 3, de la Ley Antimonopolio de la República Popular China establece que un operador empresarial con una posición dominante en el mercado no puede abusar de dicha posición dominante negándose a tratar con otra entidad comercial sin una causa justificada.
Unión Europea	En las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes se establece que la Comisión considerará que el control de las prácticas de denegación de suministro o compresión de márgenes es prioritario siempre que concurren las tres circunstancias siguientes: la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente, sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.
Sudáfrica	El artículo 8 b) de la Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (N° 89) prohíbe a una empresa dominante negarse a dar acceso a un competidor a un producto o servicio esencial cuando le sea económicamente viable hacerlo. Además, en virtud del artículo 8 d) ii) está prohibido que una empresa dominante se niegue a suministrar bienes escasos a un competidor cuando el suministro de esos bienes sea económicamente viable, a menos que la empresa pueda demostrar que su ventaja competitiva en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia supera el efecto anticompetitivo de su acto.
Estados Unidos	<p>El alto valor que hemos otorgado al derecho a negarse a tratar con otras empresas no significa que ese derecho no pueda ser objeto de salvedades (<i>Aspen Skiing Company. v. Aspen Highlands Skiing Corporation</i>, 472 U.S. 585, 601, 105 S. Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985)). En determinadas circunstancias, la negativa a cooperar con los competidores puede constituir una conducta anticompetitiva que infrinja [el artículo 2]. Hemos sido muy cuidadosos al reconocer esas excepciones por lo incierto de la conveniencia de obligar a tratar y la dificultad de detectar e impedir la conducta anticompetitiva de una sola empresa. (...)</p> <p>Nunca hemos reconocido esa doctrina [productos esenciales] (...) y no creemos que sea necesario reconocerla o rechazarla aquí. A los fines que nos ocupa, baste señalar que el requisito indispensable para invocar la doctrina es la imposibilidad de acceder a los “productos esenciales”; cuando ese acceso existe, la doctrina no tiene utilidad alguna¹².</p>

¹² En relación con la negativa unilateral a tratar, véase *United States v. Colgate and Company*, Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1919, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 53 L.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. Véase también *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) (sobre la base de que el derecho monopolístico de negarse a tratar con un competidor no es absoluto, se permitió al jurado decidir si los motivos aducidos por el demandado no eran sino un pretexto).

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

[...]

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

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

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

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

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

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

[...]

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

35. Los acuerdos entre un proveedor y su distribuidor a menudo implican la asignación de un territorio o un tipo específico de cliente determinados (reparto de áreas territoriales o 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 solo 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 interna de una marca pueden ser positivas o favorables cuando exista en el mercado mucha competencia entre marcas.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

Planteamientos alternativos de las legislaciones existentes: vinculación y agrupación

Región/país

África

Sudáfrica La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (N° 89), en su artículo 8 d) iii), prohíbe a una empresa dominante vender bienes o servicios con la condición de que el comprador adquiera otros bienes o servicios no relacionados con el objeto del contrato, u obligar a un comprador a aceptar una condición no relacionada con el objeto del contrato.

Asia

China El artículo 17, párrafo 5, de la Ley Antimonopolio de China establece que un operador empresarial con una posición dominante en el mercado no podrá abusar de su posición dominante en el mercado realizando actos como vincular productos o imponer condiciones comerciales irrazonables en el momento de la negociación sin ninguna causa justificada.

Europa

Unión Europea El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 102 d), prohíbe la explotación abusiva consistente en 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. En las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, artículos 47 a 50, se establece que, por lo general, la Comisión actuará de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando una empresa sea dominante en el mercado vinculante y se cumplan además las siguientes condiciones: los productos vinculantes y vinculados son productos distintos, y es probable que la vinculación dé lugar a un cierre anticompetitivo del mercado.

América Latina

Brasil La Ley N° 12529 de 2011, en su sección XVIII, artículo 36, establece que es una violación del orden económico subordinar la venta de bienes a la adquisición o utilización de otro bien o servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la adquisición o utilización de otro bien o servicio.

Región/país

América del Norte

Estados Unidos El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido los acuerdos de vinculación como “todo acuerdo de una parte para vender un producto pero solo con la condición de que el comprador también adquiriera un producto diferente (o vinculado) o no compre el producto a ningún otro proveedor”¹³.

Se ha determinado que los acuerdos de vinculación son ilegales cuando los vendedores recurren a su poder de mercado en relación con un producto para obligar a adquirir otro a compradores que no desean hacerlo¹⁴. Se considera que existe vinculación prohibida por el artículo 1 de la Ley Sherman cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Se trata de dos productos diferentes;
- b) La empresa dominante no ofrece a sus clientes más opción que aceptar el producto vinculado si quieren obtener el producto vinculante;
- c) El acuerdo afecta a un volumen sustancial de comercio interestatal;
- d) La empresa dominante tiene “poder de mercado” en el mercado del producto vinculante¹⁵.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos explicó en *Jefferson Parish*, 466 U.S., en especial 12, 104 S. Ct. 1551: “hemos concluido que la característica esencial de un acuerdo de vinculación inválido radica en la explotación por parte del vendedor de su control sobre el producto vinculante para obligar al comprador a adquirir un producto vinculado que el comprador no quería o tal vez habría preferido adquirir de otro proveedor en condiciones diferentes”. No obstante, con el tiempo, el Tribunal ha reducido sustancialmente su rechazo de los acuerdos de vinculación. En sus sentencias más recientes, en lugar de basarse en hipótesis, ha requerido que se demuestre el poder de mercado en el producto vinculante¹⁶.

En *Jefferson Parish Hospital District N° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S. Ct. 1551, 80 L. Ed. 2d 2 (1984), el Tribunal Supremo repitió la proposición arraigada de que, “si el Estado ha concedido al vendedor una patente o un monopolio similar sobre un producto, cabe suponer que la imposibilidad de comprar el producto a otro proveedor otorga al vendedor poder de mercado” (*Id.*, en especial 16, 104 S. Ct. 1551). Esta presunción de poder de mercado, aplicable en el contexto de la defensa de la competencia cuando un vendedor subordina la venta de un producto patentado (el producto vinculante) a la compra de un segundo producto (el producto vinculado), tiene su fundamento en la doctrina judicial del uso indebido de las patentes (véase *United States v. Loew’s Inc.*, 371 U.S. 38, 46, 83 S. Ct. 97, 9 L. Ed. 2d 11 (1962)). En 1988, el Congreso socavó sustancialmente ese fundamento al modificar la Ley de Patentes para eliminar la presunción de poder de mercado en los casos de uso indebido de patentes (véase 102 Stat. 4676, codificado en 35 U.S.C., párrafo 271 d)). La cuestión que debía dilucidar el Tribunal en *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* era si la

¹³ *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 5 y 6, 78 S. Ct. 514, 518, 2 L. Ed. ed 545 (1958).

¹⁴ Véase *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958); *Times-Picayune Publishing Company v. United States*, 345 U.S. 594, 605 (1953).

¹⁵ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 461 y 62 (1992).

¹⁶ Véase *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 34 y 35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

Región/país

presunción de poder de mercado en un producto patentado debía sobrevivir como una cuestión de derecho de la competencia a pesar de su desaparición en el derecho de patentes. El Tribunal concluyó que el mero hecho de que un producto vinculante estuviera patentado no admitía tal presunción¹⁷.

III. Autorización o exención

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

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

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

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

45. Por ejemplo, en la Ley de Competencia Leal de 2002 de Barbados, artículo 16, párrafo 4, se indica que no se considerará que la empresa ha abusado de su posición dominante si la Comisión está convencida de que:

a) Su comportamiento obedece exclusivamente a su deseo de mejorar la producción o distribución de los productos o de fomentar el progreso técnico o económico, y los consumidores pueden participar del beneficio resultante;

b) El efecto o el probable efecto de su comportamiento en el mercado es el resultado de su superior desempeño competitivo;

¹⁷ *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31, 126 S. Ct. 1281, 1284, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

c) La empresa está ejerciendo sus derechos como titular de un derecho de autor, patente, diseño o marca registrada existente, a menos que la Comisión de Competencia Leal esté convencida de que el ejercicio de esos derechos:

i) Tiene el efecto de disminuir sustancialmente la competencia en un mercado.

ii) Obstaculiza la transferencia y difusión de tecnología. En Francia, el artículo L.420-4 del Código de Comercio prevé exenciones para los delitos de abuso de posición dominante y abuso de una empresa económicamente dependiente. Esas exenciones se aplican a las prácticas comerciales o comportamientos que fomentan el progreso económico, en particular mediante la creación o el mantenimiento de puestos de trabajo, y que permiten a los consumidores disfrutar de una parte equitativa del beneficio resultante, pero no deben ofrecer a las empresas en cuestión la posibilidad de eliminar la competencia en una parte sustancial del mercado de los productos. Esas prácticas pueden consistir en organizar, para los productos agrícolas de la misma marca o nombre comercial, los volúmenes y la calidad de la producción, así como la política comercial.
