



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

Distr. limitada
18 de septiembre de 2020
Español
Original: inglés

**Octava 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, 19 a 23 de octubre de 2020

Tema 16 del programa provisional

Otros asuntos

**Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020),
capítulo IV revisado***

* El presente documento es una revisión del documento TD/RBP/CONF.8/L.2.

GE.20-12137 (S) 131020 151020



* 2 0 1 2 1 3 7 *

Se ruega reciclar



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

Actos o comportamientos constitutivos de abuso de posición dominante en el mercado

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

Quedan prohibidos 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 relevante de un bien o servicio o un grupo de bienes o servicios determinados;

b) Cuando los actos o comportamientos de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado relevante 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 comportamientos considerados abusivos:

a) El comportamiento predatorio 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 las empresas participadas;

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

d) Las restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, orgánica, 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 a la reventa o exportación de los bienes suministrados u otros bienes con respecto al lugar o el comprador, o a la forma o la cantidad de dichos bienes;

iv) La subordinación del suministro de determinados bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios al proveedor o a 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 observados en las legislaciones existentes

Prohibición de los actos o comportamientos que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado

Quedan prohibidos los actos o comportamientos que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado:

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

b) Cuando los actos o comportamientos de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado relevante 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 posición dominante es una de las cuestiones más controvertidas en el derecho de la competencia. La determinación de cuándo se considera que una empresa tiene una posición dominante y cuáles son los actos que pueden constituir un abuso de esa posición 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 de mercado significativo. 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 que se impondría en condiciones de competencia durante un período de tiempo considerable. La simple posesión de una posición dominante no se considera anticompetitiva, como tampoco lo es la adquisición de una posición de dominio mediante una competencia basada en los méritos. Sin embargo, el ejercicio o el abuso de una posición dominante puede provocar: 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, lo que se consideraría contrario a la competencia.

3. La cuestión de si debe considerarse que una empresa tiene 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 reguladores 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 relevante.

No obstante, en muchas jurisdicciones 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. Deben 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 otras jurisdicciones se utilizan caminos más cortos para demostrar la existencia de una posición dominante, y se recurre a umbrales de cuota de mercado como punto de partida. 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 regulador de la competencia analizará otros factores, mencionados más arriba, para determinar si la empresa ocupa una posición dominante.

5. Aun otras jurisdicciones presumen que una empresa tiene una posición dominante si su cuota de mercado es superior a un umbral determinado. Cuando así ocurre, la empresa debe demostrar que carece de poder de mercado. Si no lo consigue, se considerará que tiene una posición dominante.

6. El uso de umbrales de cuota de mercado —ya sea para establecer una presunción y trasladar a la empresa la carga de la prueba o para descartar cualquier posición dominante— permite al organismo regulador de la competencia supervisar mejor la observancia de la ley y ofrece seguridad jurídica a los empresarios. No obstante, la utilización de esos umbrales plantea el riesgo de subestimar o sobreestimar la cuota de mercado en algunos casos, lo que puede dar lugar a una actuación administrativa excesiva o insuficiente. Así pues, no es aconsejable que en una ley de defensa de la competencia se establezca que una empresa ocupa necesariamente 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 es otro factor 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, estas obstaculizarán cualquier intento de una empresa establecida de subir los precios o reducir la producción en ese mercado. La facilidad de la entrada se determina en función de la magnitud de las barreras que la obstaculicen. 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 cuando empresas extranjeras comienzan a vender productos competidores 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

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 a nuevas empresas entrar en un mercado, o las disuaden de hacerlo, aun cuando las empresas establecidas estén obteniendo beneficios extraordinarios. Pueden variar mucho en función del nivel de madurez o desarrollo del mercado. Es posible distinguir 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 consenso sobre cuáles son los factores que constituyen barreras estructurales efectivas. Según la definición más amplia, se derivan de la diferenciación de productos, de las ventajas absolutas de costos de las empresas establecidas y de las economías de escala. La diferenciación de productos favorece a las empresas establecidas en el mercado porque los nuevos participantes deben salvar el obstáculo que representa la fidelidad de los consumidores a determinadas marcas de productos existentes. Existen ventajas absolutas de costos cuando el nuevo participante en el mercado solo puede producir a un costo unitario superior, sea cual sea el nivel de

producción, quizás en razón de su inferioridad tecnológica. Las economías de escala limitan el número de empresas que pueden operar 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 hay barreras cuando un nuevo participante tenga que soportar costos a los que no tengan que hacer frente las empresas establecidas. Por consiguiente, esta definición excluye las economías de escala y los gastos de publicidad como barreras porque son costos en los que las empresas establecidas han tenido que incurrir para alcanzar su posición en el mercado. Otros economistas subrayan que los costos irrecuperables constituyen importantes barreras a la entrada. Como los nuevos participantes deben hacer frente a tales costos, que ya han sido soportados por las empresas establecidas, 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 participantes potenciales.

Las barreras estratégicas a la entrada se refieren al comportamiento de las empresas establecidas. Estas pueden, en particular, elevar las barreras estructurales a la entrada o amenazar con medidas de retorsión a los nuevos participantes 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 establecidas consisten a menudo en algún tipo de medidas de acaparamiento. Un ejemplo es el acaparamiento de instalaciones, que consiste en que una empresa establecida sobre-invierte en capacidad 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 crear barreras jurídicas. Cabe citar como ejemplo los aranceles y contingentes, las normas sobre propiedad intelectual y marcas de fábrica o de comercio, los derechos exclusivos previstos en la ley en favor de determinadas empresas (monopolios legales) 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 relevante. Como regla básica, cuanto más específica sea la definición de ese mercado, mayor será la probabilidad de que un solo actor ejerza un poder de mercado significativo. La definición del mercado relevante 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 los casos en que una empresa actúa unilateralmente, sino también a la situación en que varias de ellas, actuando conjuntamente, ejercen un poder de mercado o tienen un incentivo para actuar concertadamente y ejercer juntas ese poder (dominio colectivo). Se trata de mercados que presentan una gran concentración, en los que dos o más empresas controlan una cuota significativa, 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 ese criterio en la sentencia sobre el asunto *Vidrio plano* en Italia², a la que pronto siguió la resolución sobre la fusión entre Nestlé y Perrier³. El efecto acumulativo del recurso a una práctica determinada, como los acuerdos de ventas vinculadas, puede perfectamente dar lugar al abuso de una posición dominante.

¹ Ahora Tribunal General de la Unión Europea.

² Observación enviada por la Comisión Europea, sentencia sobre el asunto *Vidrio plano* 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.

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes:
constatación de la existencia de una posición dominante**

Región/país

África

Sudáfrica

La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (núm. 89), en su artículo 7, establece que una empresa ocupa una posición dominante en un mercado si controla: a) al menos el 45 % del mercado; b) entre el 35 % y el 45 % del mercado, a menos que pueda demostrar que no tiene poder de mercado; o c) menos del 35 % del mercado, pero tiene poder de mercado.

El artículo 8 de la Ley (modificado en 2018) prohíbe a las empresas dominantes:

- a) Imponer precios excesivos en detrimento de los consumidores o clientes;
- b) Negarse a dar a un competidor acceso a instalaciones esenciales cuando sea económicamente viable;
- c) Recurrir a prácticas de exclusión distintas de las enumeradas en el párrafo d) si tienen efectos anticompetitivos superiores a sus ventajas en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia favorable a la competencia;
- d) Recurrir a cualquiera de las siguientes prácticas de exclusión, a menos que la empresa en cuestión pueda demostrar que las ventajas en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia favorable a la competencia son superiores a los efectos anticompetitivos de esas prácticas:
 - i) Exigir a un proveedor o cliente que no trate con un competidor o inducirle a que no lo haga;
 - ii) Negarse a suministrar bienes o servicios escasos a un competidor cuando el suministro de esos bienes o servicios sea económicamente viable;
 - iii) Subordinar la venta de bienes o servicios a la compra de otros bienes o servicios no relacionados con el objeto del contrato o a la aceptación por el comprador de una condición no relacionada con el objeto del contrato;
 - iv) Vender bienes o servicios a precios predatorios;
 - v) Comprar todos los productos intermedios o recursos que necesite un competidor;
 - vi) Recurrir a la compresión de márgenes.

Zambia

La Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010 (núm. 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 prohíbe el abuso de posición dominante en los siguientes términos: “una empresa se abstendrá de todo acto o conducta que, por el abuso o la adquisición de una posición dominante en el mercado, limite el acceso a los mercados o restrinja indebidamente la competencia de otra forma, o tenga o pueda tener efectos adversos en el comercio o la economía en general”. A los efectos de dicha parte, el “abuso de posición dominante” incluye las siguientes prácticas:

Región/país

- a) Imponer, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones comerciales no equitativos;
- b) Limitar o restringir la producción, los mercados de salida o el acceso al mercado, la inversión, el desarrollo técnico o el progreso tecnológico de una manera que afecte a la competencia;
- c) Aplicar condiciones desiguales a transacciones equivalentes con otros interlocutores comerciales;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los interlocutores de condiciones adicionales que, por su naturaleza o con arreglo a los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto de los contratos;
- e) Negar a cualquier persona el acceso a instalaciones esenciales;
- f) Imponer precios excesivos en detrimento de los consumidores;
- g) Vender productos por debajo de su costo marginal o variable.

Asia-Pacífico

China

En el artículo 17 de la Ley Antimonopolio se define la posición dominante en el mercado como la posición que disfruta una empresa que tiene la capacidad de controlar el precio o la cantidad de los productos u otras condiciones comerciales en el mercado relevante o de obstaculizar la entrada de otras empresas en ese mercado o influir en ella.

Por otra parte, el artículo 18 establece seis factores principales para determinar si una empresa tiene una posición dominante en el mercado, a saber:

- a) La cuota de mercado de la empresa y su situación competitiva en el mercado relevante;
- b) La capacidad de la empresa para controlar el mercado de venta o el mercado de suministro de materias primas;
- c) La situación financiera y tecnológica de la empresa;
- d) El grado de dependencia de la empresa de otras empresas en las transacciones;
- e) El grado de dificultad de la entrada de otras empresas en el mercado relevante;
- f) Otros factores pertinentes para la determinación de la posición dominante de la empresa en el mercado.

El artículo 19, párrafo 1, establece una presunción relativa de la existencia de una posición dominante cuando una empresa cumple alguna de las siguientes condiciones:

- a) La cuota de mercado de una empresa representa la mitad o más del mercado relevante;
- b) La cuota de mercado conjunta de dos empresas representa dos tercios o más del mercado relevante;
- c) La cuota de mercado conjunta de tres empresas representa las tres cuartas partes o más del mercado relevante.

Región/país

No obstante, en el artículo 19 se establece que si alguna de las empresas tiene una cuota de mercado inferior a una décima parte, no se considerará que tiene una posición dominante en el mercado. Además, la presunción de que una empresa tiene una posición dominante en el mercado desaparecerá si esta consigue demostrar lo contrario.

India

El artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, de 2002, define la posición dominante como la posición de fuerza de que goza una empresa en el mercado relevante 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 relevante en su favor. Con la promulgación de la Ley (enmendada) de Defensa de la Competencia de 2007, las disposiciones sobre el abuso de posición dominante también son de aplicación a los grupos de empresas. A tales efectos, por “grupo” se entiende dos o más empresas que, directa o indirectamente, estén facultadas para:

- i) ejercer el 26 % o más de los derechos de voto en la otra empresa; o
- ii) nombrar a más del 50 % de los miembros del consejo de administración de la otra empresa; o
- iii) controlar la gestión o los asuntos de la otra empresa⁴.

La Comisión de la Competencia de la India, al investigar si una empresa tiene o no una posición dominante, tiene en cuenta todos esos factores o cualquiera de ellos. 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 o precios no equitativos o discriminatorios, incluidos precios predatorios, a la compra o venta de bienes o servicios.

Mongolia

De conformidad con el artículo 5, párrafo 2, de la Ley de Defensa de la Competencia de 2010, se considera que una empresa tiene una posición dominante si, sola o conjuntamente con otras entidades o una filial suya, opera en el mercado con un producto determinado y representa un tercio o más de su producción y venta. Además, el artículo 5, párrafo 3, establece que una empresa que no cumple el requisito especificado en el párrafo 2 pero es capaz de limitar las condiciones de entrada de otras empresas en el mercado o de excluirlas de este tiene una posición dominante, aunque dependerá del alcance del producto, la extensión geográfica y la concentración del mercado y el poder de mercado.

Europa (Unión Europea)

Chequia

En el artículo 10, párrafo 1, de la Ley Consolidada de Defensa de la Competencia (2001) se establece que una o más empresas que actúen conjuntamente (dominio conjunto) tienen una posición dominante en un mercado relevante cuando su poder de mercado les permite comportarse con un grado considerable de independencia respecto de otras empresas o consumidores. Según se dispone en el artículo 10, párrafo 3, a menos que se demuestre lo contrario, se considerará que una o varias empresas con un dominio conjunto no tienen una posición dominante si su cuota en el mercado relevante durante el período examinado es inferior al 40 %.

⁴ Ley núm. 39 de 2007 (modificada) de Defensa de la Competencia (24 de septiembre de 2007), puede consultarse en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in111en.pdf>.

Región/país

Estonia	<p>En Estonia, para que se considere que tiene una posición dominante, la empresa debe poder desarrollar su actividad con un grado considerable de independencia respecto de sus competidores, proveedores y compradores. Se presume la existencia de una posición dominante cuando la empresa o empresas tienen una cuota de mercado conjunta superior al 40 % de la cifra de negocios del mercado relevante. 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 Defensa de la Competencia de 2001.</p>
Unión Europea	<p>En el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se prohíbe el abuso de posición dominante sin definir el concepto. En su práctica judicial, las instituciones europeas han definido la posición dominante como una situación de poder económico en que se encuentra una empresa que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. En las orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (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 dominante, en particular:</p> <ul style="list-style-type: none"> 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). <p>La Comisión hace hincapié en que las cuotas de mercado proporcionan una primera indicación útil en lo que respecta a la estructura del mercado y 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 relevante y, en especial, la dinámica del mercado y el grado de diferenciación de los productos.</p>
Alemania	<p>De conformidad con el artículo 18 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia, se considera que una empresa es dominante cuando, como proveedora o compradora de cierto tipo de bienes o servicios comerciales en el mercado de productos o geográfico relevante, no tiene competidores o no está expuesta a ninguna competencia importante, o tiene una posición de mercado destacada con respecto a sus competidores. Al evaluar el dominio del mercado, 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 <i>de facto</i> 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 cambiar su oferta o su demanda a otros bienes o servicios comerciales, así como la capacidad de sus interlocutores para recurrir a otras empresas. Se considera que dos o más empresas son dominantes cuando no existe entre ellas una competencia importante con respecto a determinadas clases de bienes o servicios comerciales y cumplen conjuntamente las condiciones señaladas anteriormente. Se presume que una empresa ocupa una posición</p>

Región/país

dominante si su cuota de mercado es superior a un 40 %. Se considera que un grupo de empresas tiene 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 existe una competencia sustancial entre ellas, o que el grupo de empresas no tenga una posición de mercado destacada en relación con los demás competidores.

Lituania En virtud del artículo 3, párrafo 2, 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 empresas en un mercado relevante que no tengan ninguna competencia directa o puedan ejercer una influencia unilateral decisiva en un mercado relevante restringiendo efectivamente la competencia. La posesión de una cuota de mercado del 40 % establece una presunción de dominio. Además, cuando tres o menos empresas tienen más del 70 % del mercado relevante, la Ley presume que cada una de ellas ocupa una posición dominante. Los umbrales de cuota de mercado que establecen la presunción de posición dominante son inferiores en el caso de los mercados al por menor: 30 % en el caso de entidades económicas individuales y 55 % en el caso de una posición dominante conjunta de tres o menos entidades económicas⁵.

Polonia De conformidad con 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 impedir que haya una competencia efectiva en el mercado relevante y, en consecuencia, comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus interlocutores comerciales y los consumidores. Se presume que una empresa ocupa una posición dominante si su cuota de mercado en el mercado relevante supera el 40 %.

España En la legislación española de defensa de la competencia no existe ninguna definición de la posición dominante. Según la práctica ejecutiva del organismo de defensa de la competencia, se considera que una empresa ocupa una posición dominante cuando puede actuar con un grado apreciable de independencia frente a 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 El artículo 5, párrafo 1, de la Ley Federal de Defensa de la Competencia de 2006, modificada en 2015, define la posición dominante como la posición que permite a una o más entidades económicas influir de manera decisiva en las condiciones generales de distribución de un producto en el mercado relevante 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 relativa de la existencia de una posición dominante si una empresa tiene una cuota de mercado superior al 50 %, a menos que se trate de una organización financiera.

De conformidad con el artículo 5, párrafo 2, una entidad económica cuya cuota en el mercado relevante no exceda del 35 % no podrá considerarse dominante, a menos que se trate de un mercado muy concentrado en el que las cuotas respectivas se mantengan estables durante mucho tiempo, apenas haya nuevas entradas y la elasticidad-precio de la demanda del producto de que se trate sea baja (art. 5, párr. 3), o la Ley Federal disponga de otro modo la

⁵ Véase Lituania, Ley de Defensa de la Competencia VIII-1099, puede consultarse en <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>.

Región/país

existencia de una posición dominante (art. 6). Esta disposición se derogó en 2015⁶.

América Latina

Brasil	La Ley núm. 12.529, de 30 de noviembre de 2011, en su artículo 36, párrafo 2, establece que se presume la existencia de una posición dominante cuando una empresa o un grupo de empresas es capaz de cambiar unilateral o conjuntamente las condiciones del mercado o cuando controla el 20 % o más del mercado relevante, aunque ese porcentaje puede ser modificado por el organismo regulador de la competencia del Brasil para sectores específicos de la economía.
Colombia	En el artículo 45 del Decreto núm. 2153 de 1992 se define la posición dominante como la “posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. La existencia de una posición dominante se determina caso por caso. En la legislación no se establecen umbrales.
Costa Rica	El artículo 15 de la Ley núm. 7472 establece que, para determinar si un agente económico tiene un “poder sustancial” en el mercado relevante, debe considerarse: <ol 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 reciente⁷.
Nicaragua	La Ley núm. 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: <ol 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;

⁶ Federación de Rusia, Ley Federal de Defensa de la Competencia (8 de julio de 2006) (enmendada en 2015), puede consultarse en [en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20\(as%20amended%20in%202015\).pdf](http://en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20(as%20amended%20in%202015).pdf).

⁷ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, *Derecho y Política de la Competencia en Costa Rica: Examen inter-pares*, puede consultarse en <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014esp.pdf>.

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 una categoría o clase de empresas en todo el Canadá o en una de sus regiones; b) esa persona o esas personas han realizado o están realizando actos contrarios a la competencia; y c) esos actos tienen, han tenido 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 posición dominante (artículos 78 y 79 de la Ley de Defensa de la Competencia) se explica que el control sustancial o completo equivale a un grado sustancial de poder de mercado. El Organismo define en general un mercado relevante, según las dimensiones tanto del producto como de la geografía, y luego examina pruebas como las cuotas de mercado de la persona o personas de que se trate y las barreras de entrada.

Estados Unidos de América

La legislación estadounidense no contiene una definición del poder monopolístico, pero los tribunales lo han definido tradicionalmente como el poder de controlar los precios del mercado o eliminar la competencia (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v. E.I. du Pont de Nemours and Company*, 351 US377, 391 (1956)). Sin embargo, desde la causa *du Pont*, ha habido divergencias entre los tribunales inferiores acerca de si la determinación del poder monopolístico requiere la prueba tanto del poder para controlar los precios como del poder para eliminar la competencia (Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Tercer Circuito, *Fineman v. Armstrong World Indus., Inc.*, 980 F.2d 171, 201 (3d Cir. 1992), cert. denied, 507 US921 (1993)) o si basta con la prueba de cualquiera de los dos elementos. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha dejado claro que no es necesario probar el ejercicio efectivo de ese poder, sino que basta con demostrar que la empresa puede aumentar los precios o eliminar la competencia (*United States v. Griffith*, 334 US100, 107 (1948)).

Con arreglo al artículo 2 de la Ley Sherman, los organismos antimonopolio y los demandantes particulares de los Estados Unidos deben definir primero un mercado relevante antes de demostrar que una empresa tiene poder monopolístico (Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Spectrum Sports, Inc., v. McQuillan*, 506 US447, 453 (1993)). Según la orientación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, un mercado antimonopolio se define atendiendo a dos dimensiones: a) el mercado de productos contiene todos los productos, de manera que una hipotética empresa que trate de obtener el máximo beneficio y sea la única vendedora actual y futura de esos productos obtendrá beneficios con un aumento “pequeño pero significativo y no transitorio” de los precios; y b) el mercado geográfico es la zona fuera de la cual la geografía limita la disposición o capacidad de algunos clientes para sustituir productos que de otro modo serían similares, o la disposición o capacidad de algunos proveedores para atender a los clientes. Los costos de transporte, las barreras lingüísticas, la reglamentación, la fiscalidad, la costumbre y la familiaridad, la reputación y la disponibilidad de servicios, entre otros, son factores pertinentes para definir un mercado geográfico apropiado.

Región/país

Una vez definido un mercado antimonopolio relevante, los demandantes en los Estados Unidos pueden demostrar que un demandado tiene un poder monopolístico presentando: a) pruebas circunstanciales basadas en la cuota de mercado, consideradas en el contexto de la estructura del mercado (concentración del mercado y barreras de entrada); y b) pruebas directas del uso del poder monopolístico para aumentar los precios, reducir la producción o excluir a competidores reales y potenciales.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado que el poder monopolístico puede inferirse de la cuota de mercado de una empresa demandada (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966)); aunque no se ha especificado la cuota de mercado exacta necesaria para inferir la existencia de un poder monopolístico, el Tribunal Supremo ha descartado que una cuota de mercado inferior al 75 % baste por sí sola para establecer la existencia de un poder monopolístico. Los tribunales de los Estados Unidos también tienen en cuenta la estructura del mercado – incluso una cuota de mercado del 100 % puede no ser prueba suficiente del poder monopolístico si las empresas nuevas o marginales pueden entrar o expandirse fácilmente en el mercado (véase Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, *United States v. Syfy*, 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990).

Los tribunales estadounidenses también tendrán en cuenta las pruebas de que un competidor tiene realmente la capacidad de controlar los precios del mercado o de eliminar la competencia (véase Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 57 (D.C. Cir. 2001). Este tipo de prueba no suele ser concluyente, ya que la capacidad de controlar el precio puede ser solo temporal y un competidor puede tener razones válidas para reducir su producción o la calidad de sus productos. Por lo general, los demandantes en los Estados Unidos presentan pruebas directas del poder monopolístico junto con pruebas circunstanciales basadas en la cuota y la estructura del mercado.

II. Actos o comportamientos considerados abusivos

10. Como se ha mencionado anteriormente, el derecho de la competencia no prohíbe la posición dominante o el poder de mercado significativo, lo que significa que la mera ocupación de una posición dominante no es contraria a la competencia por sí misma y que una empresa dominante tiene derecho a competir con arreglo a sus méritos. La prohibición del abuso de posición dominante surge cuando el comportamiento de una empresa dominante perjudica el proceso competitivo y, por consiguiente, cabe esperar que perjudique a los consumidores.

11. En general, una empresa abusa de su posición dominante cuando su conducta socava la capacidad de sus rivales reales o potenciales para competir y esa conducta no aportaría ningún beneficio a una empresa sin una posición dominante. Los actos que obstaculizan la competencia y no aportan a los consumidores ventajas compensatorias son ejemplos de abuso de posición dominante. Al evaluar la conducta de las empresas dominantes, es importante considerar si esta refleja una competencia basada en los méritos, es decir, si se trata de una conducta que simplemente reduce los costos de la empresa dominante o si mejora su capacidad para atender a los clientes y, por lo tanto, perjudica a los competidores. No obstante, en algunas jurisdicciones se amplía la definición del abuso de posición dominante a fin de evitar que los rivales más pequeños y menos eficientes sean excluidos por empresas dominantes más eficientes.

12. No se puede elaborar una lista exhaustiva de los actos que pueden constituir un abuso de posición dominante. El abuso de 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 se consideran abusivos y, por tanto, quedan prohibidos. Entre esos tipos de comportamiento cabe incluir toda una gama de estrategias empleadas por las empresas para crear 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 no se corresponde necesariamente con su frecuencia o la gravedad de sus efectos contrarios a la competencia. Además, actos como la fijación de precios de reventa o las importaciones paralelas se consideran actualmente restricciones verticales, y no abuso de posición dominante. Aunque es probable que los actos que se enumeran sean contrarios a la competencia, no tiene por qué ser así en todos los casos. El organismo regulador de la competencia debe analizar cada caso para determinar los efectos de las diferentes prácticas. Por último, según la jurisdicción en que se produzcan, la presunción de los efectos anticompetitivos de los distintos actos abusivos será más fuerte o más débil en función de la jurisprudencia, las disposiciones legales y los supuestos económicos subyacentes de que se trate.

13. El marco analítico que los organismos reguladores de la competencia emplean para determinar si ciertos actos de empresas dominantes 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). Las autoridades legales se basan en la teoría económica, las pruebas empíricas, la experiencia y los costos de los errores previstos para determinar si los efectos anticompetitivos de la conducta de una empresa dominante justifican la condena de esa conducta. Tradicionalmente, en varios regímenes de defensa de la competencia se adoptaba un planteamiento formalista por el cual el organismo regulador de la competencia determinaba si el comportamiento analizado se correspondía con alguno de los ejemplos de comportamiento abusivo previstos en la ley sin realizar un análisis económico exhaustivo.

14. La mayoría de las jurisdicciones prevén al menos que la conducta anticompetitiva de una empresa dominante quede exenta si promueve la eficiencia. No obstante, cuando se demuestra la existencia de efectos anticompetitivos, la empresa dominante debe alegar y demostrar que su conducta es favorable a la competencia. Por lo general se entiende que una conducta en cierto modo favorable a la competencia ha de ser la opción menos adversa de que disponga la empresa dominante desde el punto de vista de la competencia, que a menudo se adaptará de manera específica para atender alguna preferencia específica o algún problema de los clientes de la empresa dominante.

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

15. Una de las formas más comunes de comportamiento predatorio es la fijación de precios predatorios, que por lo general se da cuando una empresa dominante impone precios bajos a corto plazo y esos precios pueden aumentar a largo plazo. Si bien la mayoría de las jurisdicciones exigen que los precios fijados por la empresa dominante sean inferiores a determinadas cuantías apropiadas a los costos, otras solo requieren que la empresa proceda a la fijación de precios bajos como estrategia para eliminar a sus rivales. La fijación de precios predatorios puede ser un intento de eliminar a las empresas competidoras a fin de mantener o consolidar una posición dominante. Cuanto más diversificadas estén las actividades de la empresa en cuanto a productos y mercados y más recursos financieros tenga, mayor será su capacidad de adoptar un comportamiento predatorio.

16. Como normalmente la fijación de precios bajos supone un beneficio para los consumidores y estos solo se suelen ver perjudicados cuando la empresa dominante impone posteriormente precios supracompetitivos, las jurisdicciones pueden mostrarse renuentes a condenar esa práctica como predatoria. Según cual sea la estructura de sus mercados, las

jurisdicciones deben sopesar las ventajas e inconvenientes de la fijación agresiva de precios bajos. Los países en desarrollo tienden a ser menos renuentes a condenar la fijación de precios predatorios porque sus mercados pueden estar más concentrados y, como las barreras a la entrada tienden a ser importantes, 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 las autoridades estarán menos dispuestas a intervenir. Así pues, es necesario alcanzar el equilibrio caso por caso.

17. Es difícil de por sí determinar si una determinada estrategia de fijación de precios debe considerarse “predatoria”, ya que los precios han de considerarse “demasiado bajos” respecto de un punto de referencia apropiado. El punto de referencia elegido por casi todos los regímenes jurídicos es una cuantía apropiada al costo de la empresa dominante, si bien algunas jurisdicciones en cambio miden los precios en función de algún valor normal o habitual. Otra dificultad radica en elegir cuál de los costos de la empresa dominante se debe tomar como medida: el costo variable medio (costo variable total dividido por las unidades producidas) es la medida más utilizada, pero los demandantes y las autoridades no siempre presentan la misma medida del costo. Además de las pruebas de costo variable medio, también son habituales y se utilizan con frecuencia pruebas de precio en relación con el costo basadas en el costo total medio (costo total dividido por las unidades producidas).

18. En general, las pruebas de precio en relación con el costo son útiles por su capacidad de indicar dos cosas. En primer lugar, indican si una empresa dominante está dispuesta a sacrificar sus beneficios a corto plazo. Ese comportamiento solo tiene sentido si aumenta, o la empresa dominante cree que aumentará, su poder económico en detrimento de la competencia. En segundo lugar, las pruebas de precio en relación con el costo pueden indicar si la conducta de una empresa dominante impide la competencia incluso de un competidor igual de eficiente. La idea del competidor igual de eficiente pone de relieve la tesis de algunos de que no es necesario analizar la legalidad de los recortes de precios que perjudican a los competidores cuando solo perjudican a los competidores menos eficientes. No obstante, a algunas jurisdicciones les preocupa el caso de los competidores que “aún no son tan eficientes” o son “razonablemente eficientes”: el criterio del competidor igual de eficiente propiciaría la inobservancia de la normativa en las jurisdicciones dispuestas a renunciar a los beneficios para el consumidor que pueden tener a corto plazo los precios más bajos con la esperanza de que las empresas menos eficientes lleguen a ser igual de eficientes en el futuro.

19. Para determinar si existe un abuso de posición dominante por fijación de precios predatorios, algunas jurisdicciones requieren que la empresa acusada 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 mejorar realmente el bienestar del consumidor (véase *Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509 US209 (1993)). En otros ámbitos jurisdiccionales se considera que no es necesario que haya una perspectiva razonable o probabilidad peligrosa de recuperar lo perdido para que una estrategia de fijación de precios se considere predatoria. La fijación de un precio por debajo de una cuantía apropiada al costo es suficiente.

20. El comportamiento predatorio no se limita a la fijación de precios. Otros métodos, como la sobreinversión en capacidad para eliminar la competencia o la adquisición de insumos con objeto de aumentar los costos de un competidor, pueden considerarse un comportamiento depredador. También puede considerarse predatoria, en determinadas circunstancias, la negativa de una empresa en una posición dominante a suministrar un material indispensable para las actividades de producción de un cliente que puede hacerle la competencia.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: comportamiento predatorio

Región/país

Asia-Pacífico

Australia La fijación de precios predatorios 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 le supone la provisión de esos bienes o servicios, esa empresa podría estar vulnerando el párrafo 1, en el que se define el abuso de poder de mercado, 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 significativa no podrá proporcionar ni ofrecer bienes o servicios durante un período determinado a un precio inferior al costo que le supone la provisión de esos bienes o servicios con alguno de los siguientes objetivos:

- a) Eliminar o perjudicar sustancialmente a un competidor de la empresa o de una persona jurídica que esté relacionada con la empresa en ese o cualquier otro mercado;
- b) Impedir la entrada de una persona en ese o cualquier otro mercado;
- c) Disuadir una persona de competir en ese o cualquier otro mercado o impedirle que lo haga.

China El artículo 17 de la Ley Antimonopolio, de 30 de agosto de 2007, prohíbe a una empresa dominante vender productos por debajo del precio de costo sin causa justificada, así como vender a precios excesivamente elevados o comprar a precios excesivamente bajos. El artículo 17 también prohíbe a las empresas dominantes negarse a realizar transacciones comerciales con otras empresas sin ningún motivo legítimo.

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

Europa

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 la Comunidad Europea (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 evalúa las conductas excluyentes basadas en los precios, incluida la fijación de precios predatorios. 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.

Alemania El párrafo 19 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia contiene prohibiciones más generales de conductas de empresas dominantes que

Región/país

podrían calificarse de comportamiento predatorio. En primer lugar, una empresa con una posición dominante no puede obstaculizar directa o indirectamente a otra empresa de manera desleal, ni tratar a otra empresa de manera diferente a las demás, sin ninguna justificación objetiva. También está prohibido que una empresa exija condiciones de pago u otras condiciones comerciales menos favorables que las que la empresa dominante exige a compradores similares en mercados comparables, a menos que exista una justificación objetiva. El texto de esta disposición no aclara si la presión a la baja que las empresas competidoras ejercen sobre los precios en un mercado, y no en otro, constituiría una justificación objetiva de las diferencias de precios.

Hungría	En el artículo 21 h) de la Ley núm. LVII de Defensa de la Competencia de 1996, modificada por última vez en 2010, se prohíbe fijar precios excesivamente bajos que no se basen en una mayor eficiencia respecto de los competidores o que puedan excluir a estos de los mercados de referencia u obstaculizar su entrada en ellos.
Polonia	El artículo 9 de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor (2007) enumera de forma específica siete posibles formas en que una o varias empresas pueden abusar de su posición dominante, por ejemplo mediante la imposición directa o indirecta de precios no equitativos, así como precios excesivos o predatorios, plazos de pago prolongados u otras condiciones comerciales ⁸ .
Federación de Rusia	<p>El artículo 7 de la Ley Federal de Defensa de la Competencia (enmendada en 2015) prohíbe la fijación de precios bajos por medios monopolísticos. Se trata de precios que son inferiores a la suma de los costos necesarios de producción y distribución de los bienes y los beneficios, e inferiores a los precios formados en condiciones de competencia en un mercado comparable en la composición de compradores y vendedores, las condiciones de circulación y entrada y la normativa gubernamental (incluida la normativa fiscal y aduanera y arancelaria), si ese mercado existe en la Federación de Rusia o en el extranjero, incluidos los precios fijados:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mediante la reducción de un precio fijado anteriormente, siempre que se cumplan en su totalidad las siguientes condiciones: <ol style="list-style-type: none"> a) Que los gastos necesarios para la producción y distribución del producto se hayan mantenido invariables o que su variación no se corresponda con la modificación del precio; b) Que la composición de los compradores y vendedores del mercado no haya cambiado o que los cambios hayan sido insignificantes; c) Que las condiciones de circulación del producto en el mercado, incluidas las debidas a la normativa gubernamental, hayan permanecido invariables o que su modificación no se corresponda con la modificación del precio; 2. Mediante el mantenimiento o el no aumento de un precio fijado anteriormente, siempre que se cumplan en su totalidad las siguientes condiciones: <ol style="list-style-type: none"> a) Que los gastos necesarios para la producción y distribución del producto aumenten considerablemente;

⁸ Polonia, Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor (16 de febrero de 2007), puede consultarse en http://www.polishlaw.com.pl/pdf/act12b_new.pdf.

 Región/país

- b) Que la composición de los compradores o vendedores en el mercado haya hecho posible aumentar el precio del producto;
- c) Que las condiciones de circulación en el mercado, incluidas las debidas a la normativa gubernamental, hayan hecho posible aumentar el precio del producto.

América Latina

- Brasil**
- El artículo 36, párrafo 3, apartado XV, de la Ley núm. 12.529 de 30 de noviembre de 2011 prohíbe a una empresa con una posición dominante vender bienes o servicios a precios injustificadamente inferiores al costo. En referencia a un reciente litigio en el que estaba implicada la empresa farmacéutica Genzyme, el Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil declaró que la finalidad de la legislación antimonopolio era establecer un mercado competitivo y equilibrado que suministrara productos a los consumidores al precio más bajo. Por lo tanto, una empresa solo infringirá la prohibición de la fijación de precios predatorios si su conducta no sigue una lógica favorable a la competencia. Los demandantes en el litigio contra Genzyme no presentaron pruebas de que dicha empresa fijara precios inferiores a su propio costo variable medio, ni de que Genzyme tuviera motivos para fijar precios predatorios.
- Colombia**
- En el Decreto núm. 2153 de 1992 se establece que, cuando exista una posición dominante, la fijación de precios predatorios se considerará una práctica abusiva. 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.
- Perú**
- El artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas define el abuso de posición de dominio como el que se produce cuando un agente económico que ostenta una posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, de un modo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. El organismo regulador de la competencia del Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), debe probar que la conducta sospechosa tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, haciendo hincapié en la eficiencia y no en la protección de las empresas menos eficientes⁹.

América del Norte

- Canadá**
- El artículo 78 de la Ley de Defensa de la Competencia contiene una definición de “acto anticompetitivo”, que el artículo 79 prohíbe realizar a toda empresa con una posición dominante. El apartado i) del artículo 78 incluye en la prohibición la venta de artículos a un precio inferior al costo de adquisición con el fin de disciplinar o eliminar a un competidor. La definición del artículo no es exclusiva, pero enumera múltiples formas de comportamiento predatorio de una empresa dominante.

⁹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2018, Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú, puede consultarse en <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>.

Región/país

La Oficina de la Competencia, en sus orientaciones sobre el abuso de posición dominante, afirma que son actos predatorios aquellos en que una empresa fija deliberadamente el precio de uno o varios productos por debajo de una cuantía apropiada a su costo para eliminar o disciplinar a un competidor o prevenir su entrada o expansión. No se indica la cuantía apropiada al costo de la empresa sospechosa.

Estados Unidos

En los Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha sostenido que han de estar presentes dos elementos para que haya fijación de precios predatorios. En primer lugar, los precios objeto de reclamación han de ser inferiores a 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 en la fijación de precios por debajo del costo (*Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, 509US (1993); véase también *Cargill Inc. v. Monfort of Colorado Inc.*, 479 US104, 117 (1986)). Según el Tribunal Supremo, es importante distinguir entre un recorte de precios que favorece la competencia y una fijación anticompetitiva de precios predatorios porque bajar los precios para vender más es frecuentemente la esencia misma de la competencia (*Matsushita Electric Industrial Company v. Zenith Radio Corporation*, 475 US574, 594 (1986)). Esos requisitos se hicieron extensivos al concepto de licitación predatoria cuando el Tribunal Supremo sostuvo que Weyerhaeuser, un operador de aserraderos, solo podía ser responsable con arreglo al artículo 2 de la Ley Sherman si el demandante podía demostrar que dicha empresa sufría (o se esperaba que sufriera) una pérdida a corto plazo por haber hecho una oferta más alta por insumos de madera de aliso, y que tenía una probabilidad peligrosa de recuperar esa pérdida fijando precios más elevados en el mercado (*Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007)).

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos destaca que, además de un amplio consenso en que la fijación de precios predatorios puede ser contraria a la competencia, existe el reconocimiento general de que el organismo regulador de la competencia actuaría de manera insensata si prohibiera los recortes de precios cada vez que una empresa supiera que sus recortes pondrían en dificultades a cualquier competidor o incluso forzarían su salida del mercado. Así pues, el Departamento de Justicia reconoce que el doble requisito establecido en la causa *Brooke Group* aporta el rigor y el orden necesarios a la legislación sobre la fijación de precios predatorios, al concluir que no hay una forma fiable de distinguir la fijación de precios predatorios superiores al costo del descuento legítimo. Por consiguiente, considera que la fijación de precios por encima del costo debe seguir siendo intrínsecamente legal, con independencia de la situación de monopolio de una empresa. El Departamento de Justicia también cree que la fijación de precios por encima del costo total medio debe ser intrínsecamente legal, y que la fijación de precios por debajo del costo total medio puede ser racional desde el punto de vista económico. En las directrices del Departamento de Justicia se reconoce la exigencia de un creciente consenso en que el costo medio evitable es la mejor medida para evaluar las reclamaciones por comportamiento predatorio, ya que se centra en los costos incurridos en el momento de la fijación de los precios predatorios. Según el Departamento, el costo medio evitable refleja un flujo de caja negativo en las ventas incrementales y, por lo tanto, puede reflejar un esfuerzo de exclusión. Cuando el costo medio evitable es difícil de evaluar, el Departamento de Justicia considera que, por lo general, la mejor alternativa siguiente es el costo medio variable (véase *Competition and*

Región/país

Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, chapter 4, Price predation, puede consultarse en <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-4>).

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;

21. Aunque no es habitual que tenga carácter anticompetitivo, la discriminación de precios —la conducta por la que una empresa vende un producto o servicio a precios diferentes a pesar de que el costo de suministrarlos 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 de la adaptación de la empresa dominante a las condiciones del mercado, por ejemplo porque las negociaciones tuvieron lugar en distintas situaciones o simplemente porque un cliente negoció mejor. Así pues, el organismo regulador de la competencia ha de valorar cuidadosamente el impacto de la diferenciación de precios en cada caso.

22. La concesión de descuentos por fidelidad es una estrategia de discriminación de precios por la que un vendedor ofrece a los compradores 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 reducir los precios. Sin embargo, en ciertas circunstancias, también pueden atacar 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 derivarse de un comportamiento predatorio en el establecimiento del margen (“analogía de depredación”) o de la explotación de ventas garantizadas a fin de excluir a los competidores de un mercado en disputa (“analogía de agrupación”)¹⁰.

23. También hay discriminación de precios cuando una empresa cobra el mismo precio a pesar de que los costos derivados de suministrar a cada cliente son diferentes. Cabe citar 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 calcula los gastos de transporte desde ese punto sin tener en cuenta el lugar real de expedición y los costos correspondientes).

24. La prohibición de la discriminación se aplica asimismo a las modalidades y condiciones de suministro o de compra de bienes o servicios. Por ejemplo, la concesión

¹⁰ O’Donoghue R y Padilla AJ, 2013, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* [Treaty on the Functioning of the European Union], Hart Publishing, Oxford, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

diferenciada de facilidades de crédito o de prestaciones accesorias en el suministro de bienes y servicios también puede ser discriminatoria.

**Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes:
discriminación de precios**

Región/país

Australia	La discriminación de precios se prohibió en 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. La vigente Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 2010 no establece 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.
Colombia	El Decreto núm. 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.
Perú	Aunque las leyes consideran que la fijación discriminatoria de precios es un ejemplo de comportamiento predatorio, 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 núm. 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, artículo 10.2 b)) ¹¹ .
Sudáfrica	La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (núm. 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: <ul style="list-style-type: none"> a) Pueda tener el efecto de impedir o disminuir sustancialmente la competencia; b) Se refiera a 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:

¹¹ Perú, Decreto Legislativo núm. 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (24 de junio de 2008), puede consultarse en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C9B6AC2EC431D429052581D8007C3DA9/\\$FILE/dl1034.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C9B6AC2EC431D429052581D8007C3DA9/$FILE/dl1034.pdf).

 Región/país

- i) El precio cobrado por los bienes o servicios;
- ii) Cualquier descuento, prestación, rebaja 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.

Sin embargo, el trato diferencial a los compradores en los casos enumerados en el párrafo c) no se considera una discriminación de precios prohibida si la empresa dominante demuestra que el trato diferencial:

- a) Solo es una variación razonable debida a las diferencias en el costo o el costo probable de la producción, distribución, venta, promoción o entrega de los bienes o servicios en función del lugar y el método de entrega a los diferentes compradores y las cantidades;
- b) Se proporciona de buena fe para igualar 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 mercancías perecederas;
 - ii) La obsolescencia de las mercancías;
 - 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.

Los organismos reguladores de la competencia de los Estados Unidos reconocen que la discriminación de precios es lícita por lo general, ya que obedece a la diferencia de costos de tratar con clientes diferentes o al intento de un vendedor de igualar el precio de un competidor. No obstante, la discriminación de precios puede ser ilegal con arreglo a la Ley Robinson-Patman si se cumplen las siguientes condiciones:

1. El producto en cuestión es un producto básico y ha sido adquirido, no arrendado.
2. Los productos básicos son de “clase y calidad similares”.
3. La estrategia de fijación discriminatoria de precios es susceptible de lesionar la competencia.
4. Se trata de ventas normalmente realizadas en transacciones comerciales interestatales, es decir, entre diferentes estados.

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

25. La imposición del precio de reventa de las mercancías, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele denominarse fijación de precios de reventa. En varias leyes de defensa de la competencia se considera intrínsecamente ilegal, mientras que en otras se aplica el criterio de la razonabilidad a dicha práctica, ya que también puede favorecer la competencia. La fijación de precios de reventa puede ser, por ejemplo, una forma de fomentar la inversión en servicios y actividades promocionales de los minoristas

para así controlar a los beneficiarios parásitos. Sin embargo, también puede propiciar la creación de cárteles al facilitar a sus miembros la búsqueda de fabricantes dispuestos a rebajar los precios.

26. También pueden fijarse precios de reventa por medios indirectos, por ejemplo, mediante márgenes de distribución fijos, niveles de descuento fijos u otras conductas, como amenazas, advertencias y sanciones.

27. En este contexto, debe hacerse hincapié en que son varias las leyes de defensa de la competencia en las que la fijación de los precios al por menor no se considera un tipo específico de abuso de posición dominante, sino un caso particular de acuerdo vertical anticompetitivo.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: fijación de precios de reventa

Región/país

África

Sudáfrica La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (núm. 89), en su artículo 5, párrafo 2, que la Ley Enmendada de Defensa de la Competencia de 2018 no modificó, prohíbe la práctica de la fijación de precios de reventa mínimos. Sin embargo, el artículo 5, párrafo 3, establece que un proveedor o productor podrá recomendar un precio de reventa mínimo al revendedor de un bien o un servicio en los siguientes casos:

- a) El proveedor o productor indica claramente al revendedor que la recomendación no es vinculante;
- b) Si en el producto se indica su precio, se añade la mención “precio recomendado”.

En los supuestos de restricción vertical en que intervienen una o varias empresas consideradas dominantes en el sentido de la definición del párrafo 7 de la Ley, también pueden ser de aplicación las restricciones previstas en caso de abuso, aunque dichos casos se regulan en la sección específica relativa al abuso de posición dominante.

Mercado Común para África Oriental y Meridional La Comisión de la Competencia del Mercado Común para África Oriental y Meridional (COMESA) clasifica la fijación de precios de reventa en la categoría de acuerdos verticales que perjudican a los consumidores porque las empresas sujetas a esas restricciones no pueden responder de manera eficaz a las demandas de los consumidores ni competir eficazmente y, por lo tanto, dicha práctica está prohibida en virtud del Reglamento de la Competencia del COMESA. La Comisión de la Competencia del COMESA ha investigado las prácticas restrictivas de distribución verticales de Coca-Cola y sus distribuidores. Tras la investigación, las partes acordaron eliminar la cláusula de fijación de precios de sus contratos de distribución (Comisión de la Competencia de COMESA, Staff Paper No. 2018/12RR/08, Coca-Cola, 6 de diciembre de 2018). Esa decisión ha sido criticada por no analizar con el rigor suficiente la presunta práctica de fijación de precios de reventa ni indicar el criterio jurídico aplicable con arreglo al reglamento del COMESA para evaluar dicha práctica¹².

Asia

China La Ley Antimonopolio, en su artículo 14, prohíbe todo acuerdo entre una empresa y sus interlocutores comerciales con cualquiera de los siguientes

¹² COMESA, 2019, Directrices del COMESA sobre prácticas comerciales restrictivas, puede consultarse en https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2019/08/Final-Guidelines-on-RBP_May-2019.pdf; véase también <https://www.comesacompetition.org/?p=2090>.

Región/país

finés: la fijación del precio de productos básicos para su reventa a terceros; la restricción del precio mínimo de productos básicos para su reventa a terceros; y otros acuerdos que la Autoridad Antimonopolio del Consejo de Estado considere monopolísticos. Sin embargo, el artículo 15 de la Ley Antimonopolio contiene una lista de circunstancias en las que un acuerdo que contenga una restricción vertical puede quedar exento de la prohibición del artículo 14. Los artículos 17 a 19 de la Ley Antimonopolio también pueden ser pertinentes para evaluar las restricciones verticales cuando una parte tiene una posición dominante en un mercado relevante.

El Tribunal Supremo Popular de China resolvió recientemente un caso de fijación de precios de reventa y dictaminó que los organismos reguladores de la competencia del país no estaban obligados a probar los efectos anticompetitivos de las prácticas de fijación de precios de reventa de las empresas.

India

De conformidad con la Ley de Defensa de la Competencia promulgada en 2002, los acuerdos de fijación de precios de reventa, incluidos expresamente en la categoría de acuerdos verticales, deben evaluarse con arreglo al criterio de la razonabilidad (art. 3, párr. 4). La Ley parece referirse a la imposición de precios de reventa fijos, y no de precios de reventa máximos o mínimos. En el artículo 4, párrafo 2 a) ii), de la Ley, relativo al abuso de posición dominante, se incluye la fijación unilateral de precios de reventa en la categoría de prácticas abusivas¹³. En un caso reciente, el organismo regulador de la competencia de la India dictaminó que la fijación de precios de reventa consistente en supervisar el nivel máximo de descuento permitido mediante un mecanismo de control de los descuentos y sancionar todo incumplimiento equivalía a una imposición injustificada de restricciones verticales contraria al artículo 3, párrafo 4, de la Ley (Comisión de la Competencia de la India, caso núm. 17/2017, *Honda Motorcycle and Scooter*, decisión, 14 de marzo de 2018)¹⁴.

Japón

El derecho de la competencia del Japón prohíbe la fijación de precios de reventa porque restringe injustamente el precio al que otra parte puede vender las mercancías, como se establece en el párrafo 12 de su “Designación de prácticas comerciales desleales” (Comunicación Pública núm. 15 de la Comisión de Comercio y Competencia, 1982)¹⁵. La Comisión de Comercio y Competencia del Japón afirma en sus directrices sobre los sistemas de distribución y las prácticas comerciales que la fijación de precios de reventa se considera en principio ilegal como práctica comercial desleal¹⁶. No obstante, dicha disposición permite incurrir en dicha práctica por “motivos justificables”. El Tribunal Supremo ha interpretado esa expresión de manera estricta y señala que para aplicar la exención no basta simplemente con que la imposición de la condición restrictiva sea necesaria o racional para el

¹³ India, 2002, Ley de Defensa de la Competencia de 2002, disponible en https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

¹⁴ India, Comisión de la Competencia de la India, Caso núm. 17 de 2017 – *Honda Motorcycle and Scooter India Private Ltd.* (véase <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.17%20of%202017.pdf>).

¹⁵ Japón, Comisión de Comercio y Competencia, 1982, Designación de Prácticas Comerciales Desleales, Comunicación pública núm. 15, de 18 de junio de 1982 (véase https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices.html).

¹⁶ Japón, Comisión de Comercio y Competencia, 2017, Directrices relativas a los sistemas de distribución y las prácticas comerciales en el marco de la Ley Antimonopolio (traducción al inglés; véase https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf).

Región/país

empresario en la gestión de su empresa (recurso de Meiji Shoji Co., Ltd. contra una decisión de la Comisión de Comercio y Competencia del Japón, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1975)¹⁷.

Turquía

En el derecho de la competencia de Turquía se establece la prohibición absoluta de la fijación de precios de reventa fijos y mínimos en el comunicado sobre las exenciones por categorías aplicables a los acuerdos verticales. En sus dictámenes sobre casos anteriores, el organismo regulador de la competencia consideró suficiente tener en cuenta el objetivo o el efecto de los acuerdos de fijación de precios de reventa para prohibir dicha práctica (*Dogus Automotive/Volkswagen; WB Company; Efes*). En casos más recientes, el organismo también tuvo en cuenta en gran medida la estructura del mercado, por ejemplo si se trataba de una competencia intermarca o intramarca, o si se beneficiaba al consumidor (*Kütas Tekanne, Vira*).

Europa

Unión Europea

En el derecho de la competencia de la Unión Europea, la fijación de precios de reventa no se considera un tipo específico de abuso de posición dominante, sino un elemento anticompetitivo de los acuerdos verticales. La fijación de precios de reventa 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.

Con arreglo al reglamento 330/2010, se puede considerar que los principios básicos que rigen la fijación de precios verticales constituyen, por una parte, una restricción especialmente grave para la imposición de precios de reventa fijos o mínimos y, por otra, una exención automática dentro de los parámetros de la exención por categorías para la imposición de precios de reventa máximos o la recomendación de un precio (artículo 4 a) de la exención por categorías aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales). Se presume que la fijación de precios de reventa que constituye una restricción especialmente grave no cumple las condiciones del artículo 101, párrafo 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No obstante, las propias Directrices de la Comisión Europea relativas a las restricciones verticales contienen ejemplos de casos en que las prácticas de fijación vertical de precios pueden cumplir las cuatro condiciones acumulativas del artículo 101, párrafo 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que hace surgir cierta tensión en lo que respecta a la relación entre la fijación de precios de reventa y esa disposición del Tratado.

Suecia

En la Ley de Defensa de la Competencia, los artículos 1, 2 y 7 del capítulo 2 corresponden a los párrafos 1 y 3 del artículo 101 y al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y abordan los acuerdos verticales. El derecho sueco de la competencia se rige expresamente por el derecho de la competencia de la Unión Europea, como se indica en los trabajos preparatorios de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, la Ley no contiene una prohibición general de la fijación de precios de reventa ni una definición explícita de las restricciones verticales. La legislación es aplicable a todo acuerdo o práctica concertada entre empresas que operen en planos distintos de la cadena comercial que restrinja la competencia.

¹⁷ Véase Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2008, Mesa redonda sobre la fijación de precios de reventa, Nota del Japón, DAF/COMP/WD(2008)56, disponible en https://www.jftc.go.jp/en/int_relations/oced_files/RESALEPRICEMAINTENANCE.pdf.

Región/país

Alemania	El derecho de la competencia de Alemania establece una prohibición general de la fijación de precios de reventa. Esta práctica entra dentro de la definición de acuerdos prohibidos en el artículo 1 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley prevé una exención en caso de que se justifique una ganancia en eficiencia beneficiosa para el consumidor. El artículo 30 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia prevé además una exención de la prohibición general de la fijación de precios de reventa de los libros, periódicos y revistas. En cuanto a la definición de la fijación de precios de reventa, la versión anterior del artículo 14 de la Ley contra las Restricciones de la Competencia establecía que se trataba de acuerdos entre empresas que restringen la libertad de una parte de determinar los precios en sus acuerdos con terceros sobre los bienes suministrados, otros bienes o servicios comerciales.
Polonia	La Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de Polonia prohíbe la fijación de precios de reventa, pero prevé una exención de dicha práctica si contribuye al progreso técnico o económico y reserva al consumidor una participación equitativa en el beneficio resultante del acuerdo ¹⁸ . No obstante, el tratamiento de la fijación de precios de reventa en el marco del derecho de la competencia es polémico y el organismo regulador de la competencia del país está muy pendiente del debate suscitado a ese respecto (Oficina de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor) ¹⁹ .

América Latina

Brasil	La Ley núm. 12.529 de Defensa de la Competencia, de 30 de noviembre de 2011, en su artículo 36, ofrece un marco para la evaluación de las restricciones verticales, que en este caso se refieren a todas las conductas anticompetitivas distintas de las fusiones. El artículo 36, párrafo 3, contiene una lista no exhaustiva de actos que pueden constituir prácticas anticompetitivas. Entre ellos figuran los acuerdos verticales potencialmente anticompetitivos, incluidas las prácticas de fijación de precios de reventa. Según el anexo I de la Resolución núm. 20/99 del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), las restricciones verticales como la fijación de precios de reventa generalmente requieren la existencia de un poder de mercado en el mercado de origen (que se presume cuando la empresa controla el 20 % o más de un mercado relevante). El anexo I también establece que esas prácticas se evaluarán con arreglo al criterio de la razonabilidad, ya que el organismo competente debe sopesar los efectos favorables y contrarios a la competencia. Sin embargo, en un caso reciente de fijación de precios de reventa, el organismo regulador de la competencia del Brasil pareció apartarse del criterio de la razonabilidad en su evaluación al considerar que esa práctica era ilegal a menos que los acusados pudieran demostrar el logro de eficiencias. Se constató la existencia de una infracción con independencia de la duración de la práctica o de que los distribuidores hubieran aplicado los precios mínimos de reventa (SKF, Procedimiento Administrativo 08012.001271/2001-44).
México	En el artículo 10, párrafo II, de la Ley Federal de Competencia Económica de México, la fijación de precios de reventa, al igual que todas las demás restricciones verticales, se considera una práctica monopolística en sujeción al

¹⁸ Ley de Defensa de la Competencia y Protección del Consumidor de 16 de febrero de 2007.

¹⁹ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2008, Mesa redonda sobre la fijación de precios de reventa, Nota de Polonia, DAF/COMP/WD(2008)59, puede consultarse en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2008\)59&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2008)59&docLanguage=En).

Región/país

criterio de la razonabilidad y se define como “la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al comercializar o distribuir bienes o prestar servicios”²⁰.

América del Norte

Canadá

Antes, la legislación canadiense sobre la competencia preveía sanciones penales por la fijación de precios 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 únicamente a las empresas que tienen una posición dominante, sino a cualquier persona que:

- a) se dedique comercialmente a la producción o el suministro de un producto;
- b) ofrezca crédito mediante tarjetas de crédito o se dedique de cualquier otra forma a una actividad comercial relacionada con las tarjetas de crédito; o
- c) sea titular de privilegios y derechos exclusivos conferidos por una patente, una marca de fábrica o de comercio, un derecho de autor, un modelo industrial registrado o una topografía de circuito integrado registrada.

Estados Unidos

Al principio, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictaminaba que las prácticas de fijación de precios de reventa tanto máximos como mínimos eran intrínsecamente ilegales con arreglo al artículo 1 de la Ley Sherman (Albrecht, Dr. Miles) si existía un acuerdo efectivo que requiriera al distribuidor adherirse a precios específicos (véase *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 US717, 720, 724 (1988)). No obstante, en 2007 el Tribunal Supremo abandonó el criterio de la ilegalidad intrínseca de las prácticas de fijación de precios de reventa y pasó a aplicar un análisis basado en la razonabilidad (véase *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Kloset*, 551 U.S. 877 (2007)). El Tribunal Supremo consideró que el criterio de la ilegalidad intrínseca no era apropiado porque no encontró fundamento para concluir que la fijación de precios de reventa siempre o casi siempre tiende a restringir la competencia o a disminuir la producción, o que es una práctica manifiestamente anticompetitiva. En la decisión de la causa *Leegin* se indican tres factores que es preciso tener en cuenta en los casos de fijación de precios de reventa. Primero, el número de fabricantes que recurren a la fijación de precios de reventa. En segundo lugar, si la práctica fue iniciada por los fabricantes o los minoristas y, por último, si el fabricante o el minorista implicados tienen poder de mercado.

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, orgánica, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados;*

28. 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

²⁰ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, 2004, *Políticas y Ley de Competencia Económica en México: Examen inter pares de la OCDE*, puede consultarse en <https://www.oecd.org/mexico/31430897.pdf>.

Competencia. Denominadas también importaciones grises por quienes pretenden desacreditarlas, pueden describirse como la puesta en circulación de bienes producidos amparados por un derecho de propiedad intelectual, como una marca de fábrica o de comercio, una patente o un derecho de autor, por el titular del derecho de propiedad intelectual, o con su consentimiento, en un mercado determinado y su posterior importación a un segundo mercado sin la autorización del titular del derecho de propiedad intelectual en ese mercado. Este suele ser un comerciante local con licencia que intentará impedir las importaciones paralelas a fin de evitar la competencia intramarca. La utilización de diferentes marcas de fábrica o de comercio para el mismo producto en distintos países, a fin de ocultar 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 Tipo²¹.

29. La capacidad del titular de un derecho para impedir legalmente las importaciones paralelas de un mercado concreto depende de la legislación del país importador en materia de propiedad intelectual y competencia. Un régimen basado en el agotamiento nacional de los derechos de propiedad intelectual reconocerá el derecho a impedir las importaciones paralelas, mientras que otro centrado en el agotamiento internacional considerará que esas importaciones son legales. En un régimen basado en el criterio del agotamiento nacional, los derechos de distribución exclusivos se extinguen con la primera venta en un país, pero ello no afecta a la existencia de derechos de distribución exclusivos en otro país, con lo que los titulares de derechos de propiedad intelectual en ese o en otro país tienen derecho a excluir las importaciones paralelas procedentes del país de la primera venta. Con arreglo al criterio del agotamiento internacional, los derechos de distribución se extinguen con la primera venta en cualquier lugar del mundo y no pueden excluirse las importaciones paralelas²². Por último, en un régimen en que se aplica el criterio del agotamiento regional, los derechos de distribución exclusivos se extinguen con la primera venta de los bienes protegidos en una región determinada, con lo que se permite la importación paralela dentro de esa región, pero no desde fuera. 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, llamado también Acuerdo sobre los ADPIC.

30. 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 minorista con exclusividad territorial estará más dispuesto a invertir en la prestación de servicios de atención al cliente o de 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.

31. Quienes se oponen a la prohibición de las importaciones paralelas se preocupan más por los efectos negativos de esa prohibición en la competencia intramarca. Por ello, en las jurisdicciones regionales orientadas a la integración del mercado, como la Unión Europea, se permiten las importaciones paralelas dentro de su mercado común. Desde ese punto de

²¹ Esa práctica fue la base de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 3/78 (1978), ECR 1823. En una acción judicial ejercitada por *Centrafarm B. V. contra American Home Products Corporation*, Centrafarm alegó que, como importador paralelo, tenía derecho a vender en los Países Bajos cierto medicamento con el nombre comercial "Seresta" sin autorización de American Home Products Corporation. Esta vendía ese medicamento en el Reino Unido con el nombre "Serenid D". American Home Products Corporation denunció una violación de sus derechos de propiedad intelectual, en tanto que Centrafarm afirmó que ambos medicamentos eran idénticos y que, por ello, esos derechos se habían extinguido al comercializar el medicamento en el mercado del Reino Unido. El Tribunal dictaminó que el ejercicio de un derecho de propiedad intelectual podía constituir una restricción encubierta 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 de fábrica o de comercio en mercancías reembaladas, tenía por objeto compartimentar los mercados y mantener unos precios artificialmente elevados.

²² 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.

vista, las importaciones paralelas contribuyen de manera importante a alcanzar un equilibrio entre la protección de los derechos exclusivos y la libre circulación de bienes.

32. 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 las jurisdicciones 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 dominante, pero pueden constituir una restricción vertical anticompetitiva.

33. A la luz del auge de la digitalización y el comercio electrónico, los problemas que plantean las restricciones al comercio paralelo²³ se trasladan a la economía digital, en la que restricciones similares como el bloqueo geográfico (prácticas de los comerciantes en línea consistentes en restringir las ventas transfronterizas sobre la base de la nacionalidad o el lugar de residencia o establecimiento de los consumidores) crean obstáculos al consumo transfronterizo de contenidos digitales. Por consiguiente, el 27 de febrero de 2018 la Unión Europea aprobó el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el bloqueo geográfico, que prohíbe el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes (Reglamento (UE) 2018/302).

Planteamientos alternativos observados en 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 realizar importaciones paralelas aplicando el concepto del 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 licenciario” (artículo 16.2 de la Ley núm. 6867 de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, modificada por última vez en 2008). En 2013, hubo cierta tensión entre la Comisión para Promover la Competencia y el Ministerio de Salud, que había limitado las importaciones paralelas de medicamentos al condicionarlas a la obtención del consentimiento del titular de la patente. El Ministerio justificó estas medidas alegando que tenían por objeto garantizar la buena calidad de los productos e impedir su comercialización por terceros sin el consentimiento del titular de la patente. Sin embargo, la Comisión para Promover la Competencia consideró que estas limitaciones violarían la normativa aplicable, que permitía explícitamente las importaciones paralelas, y representarían una barrera a la entrada de nuevos competidores, lo que limitaba la competencia en el mercado ²⁴ .
Unión Europea	En el derecho de la competencia comunitario, la definición de las importaciones paralelas hace referencia al comercio de productos que tiene lugar fuera del sistema oficial establecido por una empresa determinada. El principio del agotamiento en toda la Unión Europea impide a los titulares de derechos de propiedad intelectual restringir las importaciones paralelas dentro de la Unión. Esa ha sido la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia

²³ Puede haber restricciones a las importaciones paralelas cuando el proveedor de un producto que utiliza un sistema de distribución exclusiva (física o en línea) quiere reforzar la protección de sus distribuidores exclusivos. En tales casos, se restringe la competencia cuando un consumidor o cliente quiere comprar un producto en línea pero le deniegan la venta por la imposición de requisitos discriminatorios en razón de su nacionalidad o su lugar de residencia o establecimiento, lo que lesiona la competencia en las ventas transfronterizas en línea sin ninguna justificación.

²⁴ Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, *Derecho y Política de la Competencia en Costa Rica: Examen inter-pares*, puede consultarse en <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014esp.pdf>.

Región/país

de la Unión Europea desde su sentencia histórica en el asunto *Deutsche Grammophon/Metro*²⁵:

Está en conflicto con las normas que prevén la libre circulación de productos en el mercado común que el titular de un derecho de distribución exclusivo legalmente reconocido prohíbe la venta en el territorio nacional de productos comercializados por él o con su consentimiento en el mercado de otro Estado miembro, por no haber tenido lugar dicha distribución en el territorio nacional. 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.

La restricción de las importaciones paralelas puede ser contraria al artículo 101 o el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea si se considera que la empresa en cuestión es dominante. Los tribunales de la Unión Europea han dictaminado además que todo acuerdo para limitar el comercio paralelo es abusivo “por su objeto”, aunque no se demuestre el daño al consumidor (*GlaxoSmithKline*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-519/06 P).

Suiza	La limitación de las importaciones paralelas puede considerarse una restricción territorial ilícita en virtud del artículo 5, párrafo 4 de la Ley Federal sobre Cárteles y otras Restricciones de la Competencia ²⁶ . En su decisión en la causa <i>Gaba International AG, Gebro Pharma GmbH</i> , de 19 de diciembre de 2013, el tribunal suizo consideró que la restricción de las ventas pasivas constituía una restricción ilícita, independientemente de sus efectos sobre la competencia en Suiza y de que se demostrara un cierto nivel de intensidad de sus efectos sobre la competencia ²⁷ .
Japón	La legislación sobre propiedad intelectual no impide ni sanciona las importaciones paralelas. Sin embargo, con arreglo a la legislación antimonopolio, la obstrucción de las importaciones paralelas es intrínsecamente ilegal y no está sujeta al criterio de la razonabilidad ²⁸ . 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	La versión enmendada de la Ley de Derechos de Autor, de 1998, legaliza la importación paralela en Nueva Zelanda en determinadas circunstancias ²⁹ . Antes de 1998, la Ley de Derechos de Autor de 1994 prohibía la importación paralela a Nueva Zelanda de todos los bienes protegidos por derechos de autor, salvo los destinados a usos domésticos. Se permiten las importaciones paralelas de copias no infractoras cuando se cumplen las condiciones

²⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 78/70 (1971) ECR 487.

²⁶ Suiza, Ley Federal sobre Cárteles y otras Restricciones de la Competencia (6 de octubre de 1995, versión al 1 de diciembre de 2014), puede consultarse en <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>.

²⁷ Concurrences, 2013, The Swiss Federal Administrative Court upholds fines imposed by the Competition Authority to a toothpaste manufacturer and licensor and its distributor and licensee for prohibiting parallel imports from Austria to Switzerland (*Gaba International*), 19 de diciembre, puede consultarse en <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/december-2013/The-Swiss-Federal-Administrative-64200>.

²⁸ Japón, Comisión de Comercio y Competencia, 2017, revisión, Directrices relativas a los sistemas de distribución y las prácticas comerciales en el marco de la Ley Antimonopolio, puede consultarse en https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf.

²⁹ Nueva Zelanda, Ley enmendada de Derechos de Autor de 1998 (véase <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1998/0020/latest/DLM426040.html>).

Región/país

establecidas en el artículo 12, párrafo 5A, de la Ley núm. 143 de Derechos de Propiedad Intelectual de 1994. El texto de esa disposición reza así:

Un artículo que una persona importe o se proponga importar a Nueva Zelanda no es una copia infractora en el sentido del artículo 3 b) si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Fue fabricado por el titular de los derechos de autor, o de cualquier otro derecho de propiedad intelectual equivalente, sobre la obra en cuestión en el país en que se fabricó o con su consentimiento; o
- b) En caso de que nadie posea los derechos de autor, ni ningún otro derecho de propiedad intelectual equivalente, sobre la obra en cuestión en el país en que se fabricó:
 - i) Ha 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 de otro modo los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en cuestión en ese país no ha adoptado ninguna de las medidas legales a su disposición para obtener los derechos de autor (u otro derecho de propiedad intelectual equivalente) sobre la obra en ese país;
 - iii) El objeto es una copia en tres dimensiones de una obra de arte que se ha utilizado industrialmente en ese país en la forma prescrita en el artículo 75, párrafo 4;
 - iv) El objeto ha sido fabricado en ese país por el titular de los derechos de autor sobre la obra en Nueva Zelanda, o con su consentimiento.

Sudáfrica

El artículo 34, párrafo 2 d), de la Ley de Marcas de Fábrica o de Comercio permite la importación paralela y establece que una marca de fábrica o de comercio registrada no se infringe por la importación o distribución, venta u oferta de venta en la República de productos a los que su propietario, o alguien con su consentimiento, haya aplicado la marca de fábrica o de comercio. De acuerdo con el artículo 56, párrafo 2 e), de la Ley de Patentes de 1978 (núm. 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, su licenciataria o el 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.

Zimbabue

Por lo general, se permite la entrada en Zimbabue de importaciones paralelas no autorizadas. 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 patente³⁰.

³⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2014. Excepciones y limitaciones a los derechos conferidos por las patentes: Agotamiento de los derechos de patente (SCP/21/7), puede consultarse en http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_21/scp_21_7.pdf.

- 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;*

34. Por regla 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 provocar 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 una instalación esencial, es decir, cuando esa empresa posee instalaciones que son imprescindibles para la actividad de sus competidores y que no pueden reproducirse 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.

35. 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, empresas conexas, comerciantes que pagan a tiempo las mercancías que compran o que van a mantener la calidad y la imagen del producto del fabricante, por ejemplo. Lo mismo cabe decir cuando una empresa anuncia con antelación en qué circunstancias se negará a vender.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: negativa a tratar

Región/país

Brasil	Se considera que la negativa a tratar y la denegación de acceso a instalaciones esenciales pueden ser contrarias a la legislación antimonopolio de conformidad con el artículo 36, párrafo 3 V y XI, de la Ley núm. 12.529/2011. Para que se infrinja la legislación antimonopolio es preciso que el acceso a la instalación se considere esencial para la entrada en el mercado y que su reproducción no sea posible ni razonablemente viable. En una investigación reciente contra Thyssenkrupp, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) determinó que había suficientes proveedores alternativos y que la conducta denunciada no infringía la legislación antimonopolio. Ha habido otras investigaciones sobre negativas a tratar de empresas del sector financiero, como algunas proveedoras de servicios de tarjetas de crédito (contra grandes instituciones financieras del Brasil) y otras empresas de procesamiento de pagos.
China	El artículo 17, párrafo 3, de la Ley Antimonopolio establece que una empresa con una posición dominante en el mercado no puede abusar de dicha posición dominante negándose a tratar con un interlocutor comercial sin una causa justificada. El artículo 4 de las Disposiciones para la Administración Estatal de Industria y Comercio en relación con la Posición Dominante y el artículo 13 de las Disposiciones sobre el Monopolio de los Precios de la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma contienen ejemplos detallados de negativa a tratar.
Unión Europea	En sus orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 2009/C 45/02) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, la Comisión Europea considera la denegación de

Región/país

suministro como un abuso potencial de práctica dominante. Según la orientación, la denegación de suministro abarca la denegación de suministro de productos a clientes, la denegación de concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual o la denegación de concesión de acceso a una instalación esencial o a una red. La Comisión considerará que el control de estas prácticas es prioritario siempre que concurren tres circunstancias: que la denegación se refiera a un producto o servicio objetivamente necesario para poder competir con eficacia en un mercado descendente, que sea probable que la denegación dé lugar a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado descendente, y que sea probable que la denegación redunde en perjuicio de los consumidores.

En una sentencia reciente del Tribunal General de la Unión Europea (*Slovak Telekom, a.s., contra Comisión Europea*, asunto T-851/14, 13 de diciembre de 2018) se decidió que, para apreciar la existencia de una negativa a tratar, no era necesario determinar el carácter indispensable del acceso de los competidores potenciales para ejercer su actividad, ya que, en cualquier caso, el marco reglamentario subyacente reconocía claramente la necesidad de acceso.

Sudáfrica

El artículo 8 b) de la Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (núm. 89) prohíbe que una empresa dominante deniegue el acceso a una instalación esencial cuando sea económicamente viable proporcionar dicho acceso. De conformidad con el artículo 1 vi) de dicha Ley, una instalación esencial es una infraestructura o un recurso sin el cual un competidor no puede razonablemente suministrar bienes o servicios a sus clientes.

Además, el artículo 8 d) ii) prohíbe 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 las ventajas en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia favorable a la competencia son superiores a los efectos anticompetitivos de dicha práctica. En cuanto a los efectos anticompetitivos reales de la conducta abusiva, en el caso *Nationwide Airlines (Pty) Ltd, Comair Ltd vs. South African Airways (Pty) Ltd* se determinó que, para apreciar la existencia de un abuso, no era necesario demostrar que se había causado un perjuicio efectivo a los consumidores y bastaba con probar una exclusión sustancial o significativa, como la eliminación de la competencia en el mercado.

Estados Unidos

El derecho de la competencia de los Estados Unidos no prohíbe explícitamente la negativa a tratar y el Tribunal Supremo nunca ha adoptado expresamente una doctrina de “instalaciones esenciales”. Dentro de los límites establecidos en el caso *Aspen Skiing*, la terminación de una relación comercial existente puede vulnerar el artículo 2 de la Ley Sherman porque se sacrifican los beneficios a corto plazo para eliminar a un competidor del mercado a largo plazo (*Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585, 601 (1985)). En 2004, el Tribunal Supremo destacó que esta práctica no estaba comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 2 y reafirmó la norma general de que las empresas pueden negarse a tratar con sus competidores (*Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*).

India

El artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia, de 2002 contiene una lista de prácticas que, cuando son llevadas a cabo por una empresa o un grupo dominantes, constituyen un abuso de posición dominante, y prohíbe todo comportamiento de una empresa dominante que entre en el ámbito de dicha conducta, incluida la limitación o restricción de la producción de bienes o la prestación de servicios y la realización de prácticas que impidan de cualquier

Región/país

manera el acceso al mercado³¹. Por otra parte, la Comisión de la Competencia de la India, en sus orientaciones sobre el derecho de la competencia, afirma que, por lo general, las empresas gozan de discrecionalidad para elegir con quién realizar transacciones comerciales. No obstante, si esta elección es fruto de una conspiración con otro competidor, empresa o particular, es probable que vulnere la ley³². En un caso reciente, la Comisión de la Competencia de la India decidió investigar la negativa rotunda a tratar pactada por Sony y Star India en el negocio de la radiodifusión televisiva y consideró que para llegar a esa constatación era preciso que las empresas tuvieran poder de mercado (Comisión de la Competencia de la India, caso núm. 30/2017, *Noida Software Technology Park/ Star India / Sony Pictures Network India*, 27 de julio de 2018)³³.

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;*

36. Este comportamiento es muchas veces un aspecto de los acuerdos de exclusividad y puede definirse como la práctica comercial por la que 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.

37. En este tipo de acuerdos, el distribuidor renuncia a parte de su libertad comercial a cambio de protección contra las ventas del producto de que se trate por competidores. Las condiciones del acuerdo reflejan normalmente el poder de negociación relativo de las partes.

38. Los resultados de esas restricciones son semejantes a los de la integración vertical dentro de una entidad económica, puesto que los puntos de distribución están controlados por el proveedor, aunque, en el primer caso, el distribuidor sigue siendo independiente.

39. Cabe señalar que, en un gran número de leyes de defensa de la competencia, los acuerdos de distribución exclusiva no se regulan únicamente en relación con la prohibición del abuso de una posición dominante, sino también en el contexto de los acuerdos verticales que atentan contra la competencia.

³¹ India, Ley de Defensa de la Competencia de 2002, puede consultarse en https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

³² Global Compliance News, n/d, Antitrust and competition in India, puede consultarse en <https://globalcompliancenews.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-india/>.

³³ Comisión de la Competencia de la India, Caso núm. 30/2017, *Noida Software Technology Park/Star India/Sony Pictures Network India*, 27 de julio de 2018, puede consultarse en <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2030%20of%202017.pdf>.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: vinculación y agrupación

Región/país

Unión Europea	En sus orientaciones sobre el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Comisión Europea utiliza la expresión “acuerdo exclusivo” para designar las obligaciones tanto explícitas como indirectas de compra exclusiva y los descuentos condicionales. El concepto de acuerdo exclusivo incluye además el suministro exclusivo, con el importante problema de competencia que plantea la exclusión de clientes. En derecho comunitario, el acuerdo exclusivo puede constituir un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero también puede ser ilegal en ausencia de posición dominante por ser un acuerdo anticompetitivo en virtud del artículo 101 de ese Tratado. El Tribunal de Justicia europeo ha dictaminado que existe una presunción de ilegalidad de los acuerdos exclusivos cuando el proveedor tiene una cuota de mercado del 50 %. Por otra parte, la exención por categorías de las restricciones verticales prevé una excepción cuando la cuota de mercado de ambas partes no supera el 30 % y la exclusividad no se prolonga por más de cinco años.
Estados Unidos	Los tribunales estadounidenses consideran en términos generales que los acuerdos de exclusividad son acuerdos verticales y, por lo tanto, están sujetos a la regla de la razonabilidad (<i>Standard Stations v. United States</i> , 1949). En su histórico dictamen en la causa <i>Continental TV v. GTE Sylvania</i> , el Tribunal Supremo señaló específicamente que los efectos en el mercado de una restricción vertical de la competencia intramarca en aspectos no relacionados con el precio eran complejos porque se reducía la competencia intramarca y, al mismo tiempo, se aumentaba la competencia intermarcas ³⁴ .
China	El artículo 17 de la Ley Antimonopolio establece una lista no exhaustiva de los tipos de comportamientos que, a falta de justificación, se consideran abusivos y, por tanto, quedan prohibidos. A finales de 2018, aunque no se había iniciado ninguna investigación de acuerdos verticales específicos sobre aspectos no relacionados con el precio, sí había habido investigaciones de casos de abuso de posición dominante relacionadas con acuerdos verticales, algunos de ellos de exclusividad. En la industria del automóvil, el organismo regulador de la competencia está vigilando actualmente dos tipos de acuerdos de exclusividad relacionados con piezas de repuesto promovidos por fabricantes de automóviles con una posición dominante en los mercados de postventa de sus automóviles nuevos, incluidas las obligaciones de compra exclusiva impuestas a los miembros autorizados de la red (es decir, las restricciones a la compra a fuentes alternativas) y las obligaciones de suministro exclusivo impuestas a los proveedores de piezas de repuesto al restringir a dichos proveedores la venta directa de marcas privadas al mercado de postventa.
Chile	En el derecho de la competencia de Chile, los acuerdos de exclusividad constituyen una restricción vertical a la que se aplica el principio general enunciado en el artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley núm. 211/1973, que dispone la sanción de cualquier acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos. Además, los acuerdos verticales exclusivos pueden constituir instrumentos de dominación abusiva, ya que cualquier disposición contractual puede

³⁴ 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 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443. Véase también *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 US451 (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).

Región/país

considerarse “abusiva” si tiene por objeto levantar barreras de entrada injustificadas para crear o reforzar una posición dominante. En consecuencia, el organismo chileno de defensa de la competencia ha considerado que las cláusulas de exclusividad suscritas por empresas dominantes que crean barreras de entrada son anticompetitivas (*FNE c. CCU*).

República de Corea La Comisión de Comercio y Competencia de Corea se encarga de garantizar la observancia del derecho de la competencia mediante la Ley de Regulación de Monopolios y Comercio Leal, que regula, entre otras cosas, el abuso de posición dominante. En este contexto, la Comisión de Comercio y Competencia ha investigado, por ejemplo, Google Play para determinar si Google ha promovido acuerdos de exclusividad con los desarrolladores de juegos.

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 a la reventa o exportación de los bienes suministrados u otros bienes con respecto al lugar o el comprador, o a la forma o la cantidad de dichos bienes;

40. Los acuerdos entre un proveedor y su distribuidor a menudo implican el reparto de un territorio o una clientela específicos (reparto de áreas territoriales o de la clientela), es decir, restricciones a la reventa en lo que respecta al lugar o el comprador. Es posible, por ejemplo, que el distribuidor deba limitarse a las ventas del producto al por mayor por mayoristas o únicamente a vender directamente a minoristas. La finalidad de esas restricciones suele ser minimizar la competencia intramarca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Sus efectos se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente cuando no existe una fuerte competencia intermarcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia intramarca pueden ser positivas o favorables a la competencia cuando existe en el mercado mucha competencia entre marcas.

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

42. 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 únicamente a minoristas. Ese requisito obedece o bien al deseo del fabricante de mantener o promover la imagen o la calidad del producto, o bien al hecho de que el proveedor tal vez desee reservar las ventas al por mayor a compradores de grandes cantidades, como las ventas de vehículos a las empresas que cuentan con un parque 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 a los 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.

43. Los acuerdos de reparto de áreas territoriales y de clientela sirven para dar cumplimiento a los acuerdos de exclusividad que permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición dominante con respecto a la oferta del producto en cuestión, 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.

44. En este contexto, cabe señalar, una vez más, que en un gran número de regímenes de derecho de la competencia los sistemas de distribución exclusiva y selectiva se abordan no solo en las disposiciones relativas al abuso de posición dominante, sino en las que prohíben los acuerdos verticales contrarios a la competencia.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: reparto de zonas territoriales y de la clientela

Región/país

Unión Europea	En general, el reparto de zonas territoriales o de la clientela no está permitido de conformidad con el artículo 4 b) del Reglamento de la Comisión Europea de exención por categorías de los acuerdos verticales y sus Directrices relativas a las restricciones verticales. Sin embargo, en dichas Directrices se prevén ciertas excepciones (“lista blanca”), como los sistemas de distribución selectiva.
Japón	En la Comunicación Pública de la Comisión de Comercio y Competencia del Japón titulada “Designación de prácticas comerciales desleales” se prohíben las transacciones comerciales entre empresas basadas en condiciones que restrinjan injustamente cualquier transacción comercial entre las partes. Esta disposición general abarca las restricciones injustificables distintas de la fijación de precios de reventa o los acuerdos de exclusividad, como el reparto de áreas territoriales o de clientela. En sus directrices relativas a los sistemas de distribución y las prácticas comerciales en el marco de la Ley Antimonopolio, la Comisión de Comercio y Competencia proporcionó además criterios para determinar legalidad del reparto de áreas territoriales o de clientela.

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 al proveedor o a un tercero designado por él.

45. Este comportamiento se conoce generalmente como “vinculación y agrupación”. La agrupación consiste en ofrecer dos o más productos juntos, por ejemplo, los bienes A y B. La agrupación pura implica 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 por la que 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 ser de la misma gama. 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 dominante en el mercado del producto solicitado, puede subordinar su venta a la aceptación de los otros productos.

46. Las prácticas de vinculación y agrupación pueden atentar contra la competencia al provocar un cierre anticompetitivo del mercado y contribuir al mantenimiento o el fortalecimiento de un poder de mercado. La mayoría de las jurisdicciones consideran que el organismo regulador de la competencia debe demostrar los efectos anticompetitivos de los

acuerdos de vinculación y agrupación, mientras que la empresa dominante ha de demostrar que su conducta está justificada por criterios de eficiencia.

47. Cuando se dan ciertas condiciones económicas, la vinculación podría teóricamente permitir a una empresa con una posición dominante aprovechar su poder de mercado en otro mercado, disminuyendo o eliminando la competencia en el segundo mercado e impidiendo la entrada de nuevas empresas.

48. Con la actual digitalización se han modificado los conceptos de vinculación y agrupación, ya que inicialmente se acuñaron para designar la venta combinada de dos productos y ahora se refieren a casos de la economía digital e implican prácticas como la integración de *software* o la visualización prioritaria en la búsqueda de clasificaciones en línea.

Planteamientos alternativos observados en las legislaciones existentes: vinculación y agrupación

Región/país

África

Sudáfrica La Ley de Defensa de la Competencia de 1998 (núm. 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. Para determinar la existencia de una vinculación ilícita, debe demostrarse que tiene un efecto contrario a la competencia, es decir, que hay pruebas de que causa un perjuicio real al bienestar de los consumidores o un cierre sustancial del mercado a los rivales (*Competition Commission v. South African Airways (Pty) Ltd.* 18/CR/Mar01) y que no tiene ventajas en términos de tecnología, eficiencia u otra circunstancia favorable a la competencia que sean superiores a los efectos anticompetitivos de esa conducta.

Asia

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

India En el derecho de la competencia de la India, la vinculación constituye un acuerdo vertical sujeto al análisis de la razonabilidad. Esta práctica se indica de manera específica en la Ley de Defensa de la Competencia, que la prohíbe según sus efectos reales o probables en las condiciones de la competencia. Para determinar esos efectos probables, el organismo regulador de la competencia considera los factores enumerados en el artículo 19, párrafo 3, de la Ley de Defensa de la Competencia³⁵. Entre esos factores figuran, por ejemplo, la expulsión de los competidores existentes del mercado, el cierre y el aumento de las barreras de entrada al mercado.

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

³⁵ India, Ley de Defensa de la Competencia de 2002, puede consultarse en https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

Región/país

aplicación del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actualmente artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes 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. En 2018, la Comisión Europea impuso una multa a Google tras una investigación de tres años, entre otras cosas por incurrir en prácticas ilegales de vinculación y agrupación. La conducta de Google consistía, entre otras cosas, en la vinculación ilegal de sus aplicaciones de búsqueda y navegación (Comisión Europea, asunto AT.40099 – *Google Android*, 18 de julio de 2018).

América Latina

Brasil La Ley núm. 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.

Argentina El artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia establece una lista no exhaustiva de prácticas que, si cumplen los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Ley, son ilegales. Entre ellas figuran, en los apartados f) y g) del artículo 3, subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; así como sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero³⁶.

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 (*Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 US 1, 5–6 (1958)).

Se ha determinado que los acuerdos de vinculación son ilegales cuando los vendedores aprovechan su poder de mercado en relación con un producto para obligar a adquirir otro a compradores que no desean hacerlo³⁷. 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;

³⁶ Argentina, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, 2018, Proyecto de lineamientos para el análisis de casos de abuso de posición dominante, puede consultarse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf.

³⁷ Véanse *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 US1, 6 (1958); *Times-Picayune Publishing Company v. United States*, 345 US594, 605 (1953).

Región/país

d) La empresa dominante tiene poder de mercado en el mercado del producto vinculante³⁸.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos explicó en la causa *Jefferson Parish*, 466 U.S. en especial 12, 104 S. Ct. 1551 que había concluido que la característica esencial de un acuerdo de vinculación inválido radicaba 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 exigido que se demuestre el poder de mercado en el producto vinculante³⁹.

En la causa *Jefferson Parish*, el Tribunal Supremo también reiteró la tesis 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. 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 US38, 46 (1962)).

En la causa *Microsoft*, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia anunció un criterio nuevo y permisivo para determinar la responsabilidad en caso de vinculación, contrario al criterio de la ilegalidad intrínseca preferido por el Tribunal Supremo, que obedecía a su preocupación por los efectos dinámicos que la aplicación del criterio de la ilegalidad intrínseca tendría en la innovación (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001)).

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.

49. En algunos regímenes de derecho de la competencia, el organismo regulador puede autorizar un comportamiento que no sea competitivo en sí mismo cuando las posibles ganancias en eficiencia compensen los efectos anticompetitivos. En el derecho de la competencia comunitario 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

³⁸ *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 US451, 461–62 (1992).

³⁹ 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).

abandonó en 2004 y ahora corresponde a las empresas establecer que su comportamiento se ajusta a los requisitos del derecho de la competencia.

50. No todos los países que redactaron sus leyes sobre la competencia siguiendo el modelo de la Unión Europea han optado de forma uniforme por la autoevaluación de las empresas. En varios sistemas legislativos en materia de competencia de África, por ejemplo, el organismo de regulador 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.

51. 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 posición dominante.

52. Por ejemplo, la Ley de Competencia Leal de 2002 de Barbados, en su artículo 16, párrafo 4, 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 reserva a los consumidores una participación en el beneficio resultante;

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

c) La empresa está ejerciendo sus derechos como titular de un derecho de autor, patente, diseño o marca de fábrica o de comercio registrados existentes, 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.

53. En Francia, el artículo L.420-4 del Código Mercantil 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 reservan a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante, pero no deben ofrecer a las empresas en cuestión la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. 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.