

BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

BOLETIM LATINOAMERICANO DE CONCORRÊNCIA

N° 2

1997
Septiembre

ÍNDICE

0 - EDITORIAL		2
1 - ARGENTINA:	BREVE ANALISIS ECONOMICO DE LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Por German Coloma	3
2 - BRASIL :	A ATUAL ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE NO BRASIL Por: Walter Douglas Stuber y Lionel Pimentel Nobre	9
3 - COLOMBIA:	EL ACCESO AL EXPEDIENTE Por Margarita Alarcón Carrillo	17
4 - COSTA RICA:	LEGISLACIÓN COSTARRICENSE EN MATERIA DE COMPETENCIA Por: Laura Dachner C., Pamela Sittenfeld H. y Uri Weinstok M.	20
5 - MÉXICO:	EL "CONSENSO INTERNACIONAL" SOBRE EL ANALISIS DE DEPREDACION DE PRECIOS Por Gunnar Niels	29
	LA POLÍTICA DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO Por Greta Spota Diericx	39
	ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA Por Greta Spota Diericx	47
6 -PERU:	PANORAMA DE LA APLICACION DE LA POLITICA DE COMPETENCIA EN PERÚ Por Eduardo Quintana y Cristina Urbina	51
7 - PORTUGAL:	AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA EXECUÇÃO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA Por. Azeem Bangy	58
8 - UNIÓN EUROPEA:	ANALISIS DE UN CASO DE AYUDAS ESTATALES Por José Luis Calvo de Celis	60
9 - INFORMACIONES Y PUBLICACIONES		63

EDITORIAL

El segundo número del Boletín es la consecuencia de la buena recepción que el primero tuvo. La lista de destinatarios se ha ido ampliando y conocemos que en ciertos casos el Boletín ha sido redistribuido. Además se ha publicado el primer Boletín en la página que la Dirección General de la Competencia DGIV de la Comisión Europea tiene en Internet y esperamos que otras autoridades de competencia que participan en la creación del Boletín puedan hacer lo mismo en sus páginas del web. De esta forma se da acceso a un mayor número de lectores potenciales que desconocemos.

El Boletín intenta apoyar el importante proceso de conocimiento mutuo de las reglas de competencia en América Latina. Se trata de un proyecto que pertenece a todos los participantes voluntarios. Con vistas a la configuración de los próximos números rogamos que se nos informe por aquellas autoridades de competencia que desean ser responsables de la configuración del Boletín ,de acuerdo con la idea de rotación., para organizar el orden de dicha gestión.

Muchas gracias a todos los que han contribuido en este número y esperamos sus noticias.

Con un atento saludo de

Juan Antonio Rivière Martí
Juan.Riviere@dg4.cec.be

BREVE ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

por Germán Coloma
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

1. Conceptos legales

La ley 22.262 es la norma que legisla en la Argentina sobre el tema de defensa de la competencia. Desde su promulgación en agosto de 1980, esta ley ha sido aplicada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y por distintos tribunales federales argentinos para casos en los que se denuncian prácticas que interfieren con el funcionamiento competitivo de los mercados.

Por su naturaleza, la ley 22.262 es una ley penal, y los delitos que en ella se encuadran son delitos de acción pública. La iniciativa de la correspondiente acción judicial compete por lo tanto en forma exclusiva a la autoridad estatal, que en este caso está representada por el Secretario de Industria, Comercio y Minería, de quien depende la CNDC. Dentro de su proceso administrativo, la ley especifica además medidas destinadas a reprimir contravenciones, las cuales son directamente aplicadas en la instancia administrativa por el Secretario de Industria, Comercio y Minería (previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia), y pueden ser apeladas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante la correspondiente Cámara Federal en el resto del país.

Las partes de la ley argentina de defensa de la competencia más ligadas con conceptos de carácter económico son los artículos 1, 2 y 41. De ellos, es indudablemente el primero el que requiere una mayor atención, pues define como objetivo de la ley el prohibir “los actos o conductas (...) que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”. El artículo 2 sirve para complementar la definición que aparece en el artículo 1, ya que especifica qué se entiende por “posición dominante en un mercado” por parte de una persona o de un conjunto de personas. El artículo 41, en cambio, tipifica una serie de actos y conductas anticompetitivos que la ley considera como delitos.

Los tres elementos que menciona el artículo 1 (distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio para el interés económico general) conforman los tres pilares sobre los que se asienta la ley para juzgar si una conducta es punible o no. Los dos primeros son alternativos, en tanto que el último es una condición necesaria para que se configure una violación de la ley. Esto implica que, para que una determinada conducta sea sancionable a través de la ley de defensa de la competencia, debe por un lado ser anticompetitiva (a través de la distorsión de un mercado o del abuso de una posición dominante en él) y por el otro debe ser perjudicial para la comunidad (atentando contra el interés económico general). Este perjuicio puede no obstante ser potencial, aunque, como la propia exposición de motivos de la ley aclara, esta potencialidad hace referencia a un peligro concreto y no a una simple posibilidad lógica y abstracta.

2. Conceptos económicos implícitos

2.1. El interés económico general

La noción de “interés económico general”, que aparece en el artículo 1 de la ley 22.262, es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista económico, sin embargo, resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de “excedente del consumidor”, “excedente del productor” y “excedente total de los agentes económicos”.

La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda muestran hasta cuánto estaría dispuesto a pagar el consumidor por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto que se define en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o “excedente del productor”. Es también susceptible de ser agregado, a través de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen o pueden estimarse las funciones de demanda de tales consumidores o mercados, el concepto puede además medirse, y representarse a través del área que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión.

La consideración conjunta del excedente del consumidor y del excedente del productor nos permite elaborar una primera definición operativa del valor del interés económico general generado en un mercado. Esta definición es la del “excedente total de los agentes económicos”, entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico de la legislación de defensa de la competencia, ya que es justamente la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta. Puede entenderse por lo tanto que, si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de dicha norma.

La relación entre el equilibrio de competencia perfecta y la maximización del excedente total de los agentes económicos proviene del comportamiento que la teoría económica presume por parte de los consumidores y las empresas en un mercado perfectamente competitivo, que es la maximización de su propio excedente tomando los precios como dados. En efecto, si cada agente busca maximizar su porción del excedente suponiendo que no puede influir sobre los precios vigentes, entonces el precio que regirá en equilibrio se igualará con el valor que le asignan los consumidores a la última unidad del bien que consumen (valor marginal) y con el costo que tiene para las empresas producir una unidad adicional de dicho bien (costo marginal). Esto hace que, ni desde el punto de vista privado ni desde el punto de vista social, resulte deseable producir más o menos que la cantidad de equilibrio.

El concepto de excedente total de los agentes económicos puede extenderse al caso de mercados en los cuales tanto los oferentes como los demandantes que participan son empresas. Este es el caso habitual de los mercados de insumos intermedios, en el cual los demandantes de insumos son productores de bienes que luego venderán a los consumidores (o a productores de nuevos insumos que a su vez se destinarán a producir otros bienes).

El uso del excedente total generado en un mercado como medida conceptual del interés económico general y su relación con las propiedades del equilibrio de competencia perfecta se basan en una serie de supuestos que en algunos casos pueden resultar inexactos. En dichos casos, el verdadero excedente de los agentes económicos suele trascender los límites de las áreas delimitadas por las curvas de oferta y demanda del mercado, y la solución competitiva puede inclusive resultar peor que otras soluciones que implican distorsiones de la competencia perfecta. Las principales circunstancias en las que estas divergencias pueden darse son los siguientes son: cuando los mercados de los insumos que se usan para producir el bien bajo análisis no son competitivos; cuando los mercados de los bienes que se producen utilizando como insumo al bien bajo análisis no son competitivos; cuando existen efectos externos sobre otros mercados que no se transmiten a través del sistema de precios; y cuando existen problemas de información asimétrica.

2.2. El abuso de posición dominante

La noción de “abuso de posición dominante” es otro de los conceptos que utiliza la ley 22.262 para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que considera anticompetitivas. Este es un concepto que la ley argentina toma del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea, y de otros antecedentes principalmente españoles y alemanes.

Si bien la ley argentina no define el concepto de abuso de posición dominante, sí hace lo propio con la posición dominante en sí. Esta definición aparece en el artículo 2, cuyos dos incisos se refieren respectivamente a la posición dominante por parte de una persona o empresa individual (para lo cual se requiere que sea la única oferente o demandante o que, sin ser la única, no esté expuesta a una competencia sustancial) y a la posición dominante por parte de un grupo de personas o empresas (lo cual se da cuando no existe competencia efectiva entre ellas, ni sustancial por parte de terceros).

El concepto económico que más se relaciona con estas ideas de posición dominante es probablemente el de “poder de mercado”, en tanto que el abuso de dicha posición de dominio puede en cierto modo asimilarse al “ejercicio del poder de mercado”. El poder de mercado puede definirse como la capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente) de influir sobre los precios del mercado, y en ese sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada (cartel).

La idea de ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado. Interpretado bajo una óptica jurídica penal, la maximización de beneficios sería el “móvil” que lleva a las empresas a ejercer el poder de mercado que poseen y, en tanto ambos conceptos puedan asimilarse, a abusar de su posición dominante. Es por eso que pueden existir situaciones en las cuales, aun teniendo poder de mercado, una empresa carezca de motivos para ejercerlo, y tal podría ser el caso de entidades que no maximizan beneficios (por ejemplo, empresas públicas, cooperativas de consumo, asociaciones civiles, mutuales, etc). Otra circunstancia equivalente puede acontecer cuando una empresa tiene una posición dominante otorgada por una norma legal (por ejemplo, es la única proveedora de un servicio público en un área geográfica determinada) pero su poder de mercado se halla limitado por la existencia de un organismo regulador.

La manera habitual de medir el poder de mercado de una empresa es a través del cálculo de la inversa de la elasticidad-precio de su demanda en el punto en el cual la empresa maximiza sus beneficios. La idea es que las empresas que enfrentan demandas más elásticas no encuentran rentable cobrar precios que excedan en mucho sus costos marginales, y tienden por eso a comportarse en forma bastante similar a las empresas tomadoras de precios. Las que enfrentan demandas más empinadas (inelásticas) hallan en cambio que para maximizar beneficios les conviene incrementar sus precios bastante por encima de sus costos marginales, y aprovechar de ese modo el hecho de que la cantidad que se les demanda se reduce relativamente poco ante aumentos en sus precios. Cabe aclarar que las elasticidades-precio que resultan relevantes aquí son las que corresponden a las demandas que enfrentan las empresas individualmente y no la de la demanda del mercado como un todo.

Muchas veces se suele relacionar el concepto de posición dominante con el de una alta participación de las ventas de una empresa o grupo de empresas en un mercado. Esta relación, sin embargo, resulta procedente sólo en los casos en los cuales dicha participación tenga un correlato de comportamiento, por el cual la empresa o grupo que posee esa participación pueda, valiéndose de ella, influir en las decisiones de sus competidores. Tal situación suele acontecer en casos en los cuales la participación en el mercado sea relativamente independiente de las políticas de precios y se deba en cambio a la posesión exclusiva de ciertos recursos (por ejemplo, yacimientos de hidrocarburos, redes de transporte o comunicaciones, capacidad instalada de producción o almacenaje, etc).

Una relación que puede resultar útil desde el punto de vista del análisis económico del abuso de posición dominante es la que puede establecerse entre dicho concepto y el ejercicio del poder de mercado que la teoría predice para distintos tipos de estructura industrial. Esta relación es particularmente estrecha cuando lo que se analizan son mercados difícilmente desafiados y expuestos a escasa competencia internacional. En dichos casos, la relación entre la estructura de mercado y la aparición del abuso de posición dominante puede resumirse en el siguiente cuadro:

Estructuras que favorecen el
abuso de posición dominante

Monopolio
Monopsonio
Liderazgo en precios
Liderazgo en cantidades
Colusión

Estructuras que no favorecen el
abuso de posición dominante

Competencia perfecta
Competencia monopolística
Oligopolio de Bertrand
Oligopolio de Cournot
Monopolio bilateral

La inclusión de algunas de estas estructuras en una columna o en la otra resulta relativamente obvia, como es el caso del monopolio, el monopsonio y la competencia perfecta. Más sutil resulta el encuadramiento de la competencia monopolística, ya que se trata de un caso en el cual cada empresa tiene poder monopólico sobre su

propia marca o “variedad de producto”, pero en el mercado como un todo existen numerosas empresas. La ausencia de una posición dominante tiene aquí que ver con el hecho de que ninguna empresa es capaz de influir sobre los precios de las otras, y el tipo de interacción que se manifiesta es más bien el de entidades que compiten a través de la diferenciación de sus productos. Casi idéntico es lo que sucede si el mercado es un oligopolio de Bertrand en el cual se supone que las empresas fijan sus precios tomando como dados los precios de los demás.

Dos casos de posición dominante que parecen ajustarse bastante bien a las expresiones que utiliza el artículo 2 de la ley 22.262 cuando define dicho concepto son los mercados en los que existe liderazgo en precios o en cantidades. En el primero de tales casos, llamado también “modelo de la empresa dominante”, hay un grupo de firmas que actúan como tomadoras de precios y otra empresa que es el líder del mercado. El liderazgo en cantidades u “oligopolio de Stackelberg”, por su parte, tiene lugar cuando lo que el líder fija es la cantidad que va a producir. Ambas circunstancias pueden interpretarse como casos en los que el líder del mercado es una empresa que está usufructuando su posición dominante, en virtud de que, al decir de la ley, “no está expuesta a una competencia sustancial”.

El otro caso de posición dominante tipificado por la ley de defensa de la competencia es el que recae sobre un grupo de personas entre las cuales “no existe competencia efectiva”. El concepto microeconómico que más se aproxima a esta idea es el de colusión, por el cual un conjunto de empresas se pone de acuerdo para fijar precios o cantidades con el objeto de incrementar los beneficios totales del grupo. Los efectos de la colusión son en principio idénticos a los que aparecen en los casos de monopolio, monopsonio, liderazgo en precios o liderazgo en cantidades, según sean el tipo y el alcance del acuerdo al que las empresas lleguen. El abuso de posición de dominio que se obtiene a través de la colusión aparece además explícitamente enunciado en el artículo 41 de la ley 22.262, a través de una serie de incisos que condenan acciones concertadas.

El oligopolio de Cournot es una situación que se da cuando hay un grupo reducido de empresas y cada una de ellas fija independientemente su nivel de producción pero tiene en cuenta las cantidades producidas por los demás. Este es un caso en el cual todas las empresas tienen influencia sobre los precios del mercado, pero ninguna tiene una posición dominante. Tampoco hay posición dominante si lo que existe es un monopolio bilateral (un único oferente y un único demandante), aunque en este caso nos hallamos ante una situación de negociación y no de competencia.

3. Actos y conductas anticompetitivos

Para que se considere que una empresa o grupo de empresas está infringiendo la ley 22.262 debe probarse que se ha producido un acto o conducta anticompetitivos. Dichos actos son los que la ley define en su artículo 1 como aquéllos que “limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado”, siendo condición necesaria para que los mismos sean punibles que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Aplicando las analogías vistas en los apartados anteriores entre los términos de la ley y los conceptos económicos implícitos en ella, podemos interpretar que un acto o conducta anticompetitiva cae dentro de las infracciones a la ley si implica un ejercicio del poder de mercado que afecta el funcionamiento del mismo y resulta en una disminución del excedente total de los agentes económicos.

Si bien la ley 22.262 no exige que las conductas anticompetitivas representen necesariamente un abuso de posición dominante, sí puede afirmarse que para ser punibles las mismas deben ser efectuadas por un agente económico que posea poder de mercado en alguna actividad, y que esté utilizando dicho poder al llevar a cabo la conducta. Si tal situación no se diere, resultará imposible que el agente económico en cuestión pueda restringir, limitar o distorsionar la competencia, ya que el efecto de sus acciones sobre el resto del mercado será por definición nulo.

Las prácticas anticompetitivas, sin embargo, pueden en ciertos casos ser más una señal de que un agente económico está ejerciendo su poder de mercado que una muestra de ejercicio directamente perjudicial del mismo. Tal cosa sucede, por ejemplo, con ciertos casos de discriminación de precios (en los cuales algunos consumidores se perjudican pero otros se benefician) y de imposición de exclusividad a proveedores o clientes (en los cuales ciertas ventajas de eficiencia aparecen mezcladas con situaciones de abuso de posición dominante).

Dentro del campo de conductas determinado por el ejercicio del poder de mercado y por la afectación del excedente total de los agentes económicos, resulta posible efectuar una serie de clasificaciones que ayuden a

individualizar las prácticas anticompetitivas. Dos particularmente útiles son las que dividen dichos actos en unilaterales y concertados, y en horizontales y verticales. Desde el punto de vista económico, las prácticas unilaterales son aquéllas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o monopsónico o del liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, en tanto que las prácticas concertadas se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas que se encuentran en colusión. En cuanto a la distinción entre prácticas horizontales y verticales, las primeras son aquéllas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las prácticas verticales se asocian con empresas que operan en distintas etapas del mismo proceso productivo.

Una tercera clasificación posible es la que divide a las conductas anticompetitivas en prácticas abusivas y prácticas exclusorias. Las primeras son las que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, y que generan de por sí rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. Las prácticas exclusorias, en cambio, son aquéllas que restringen la competencia a través de limitaciones u obstáculos que se le imponen a competidores reales o potenciales, y que por ende generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto. Una cuarta clasificación importante es la que tiene que ver con los instrumentos utilizados para llevar a cabo los actos anticompetitivos, que básicamente pueden ser precios o restricciones cuantitativas. Dentro del primero de tales grupos se encuentran los precios monopólicos, los precios monopsónicos, los acuerdos de precios, los precios predatorios, la fijación vertical de precios y la discriminación de precios. Dentro del grupo de las restricciones cuantitativas, en cambio, pueden englobarse a los acuerdos de cuotas, los repartos de zonas, la negativa a satisfacer pedidos, la imposición de prestaciones suplementarias o de exclusividad, la exclusión del mercado y la destrucción de estocs y cierre de establecimientos.

Muchos casos que se engloban en la enumeración de las prácticas antedichas aparecen mencionados en el artículo 41 de la ley 22.262, aunque la tipificación que hace dicho artículo se refiere en su inmensa mayoría a situaciones de carácter horizontal en los que aparecen conductas concertadas. Así, los incisos a) y k) hacen referencia a acuerdos de precios, el b) y el c) a acuerdos de cuotas, el d) a prestaciones suplementarias, el e) a repartos de zonas, el f) a exclusión del mercado, el g) a negativas a satisfacer pedidos, el h) a discriminación de precios, y el i) y el j) a destrucción de estocs y cierre de establecimientos. No están tipificados en la ley (aunque podría encuadrárselos dentro del concepto de “abuso de posición dominante”) los precios monopólicos y monopsónicos, los precios predatorios, la fijación vertical de precios, ni la imposición de exclusividad.

4. Resumen y conclusiones

Las principales conclusiones del presente trabajo pueden resumirse en los puntos que se mencionan a continuación:

- a) La ley 22.262 de defensa de la competencia penaliza actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general. Los dos primeros requisitos son alternativos y el último es necesario para que la práctica analizada encuadre dentro del objeto de la ley.
- b) El interés económico general puede identificarse con el concepto económico de “excedente total”, y medirse como la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor. Salvo casos particulares, este concepto se maximiza en los mercados perfectamente competitivos, y es afectado negativamente por el monopolio y otras formas de ausencia de la competencia.
- c) El abuso de posición dominante puede relacionarse con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tiene una posición monopólica, monopsónica o de liderazgo en un cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa y si existen barreras a la entrada de nuevos competidores, originadas en disposiciones legales o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.
- d) Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de “abuso de posición dominante” deben no obstante implicar un cierto ejercicio del poder de mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales, concertadas, horizontales o verticales, abusivas o colusorias, e instrumentarse a través de precios o de restricciones cuantitativas. En algunos casos pueden no representar actos que en sí mismos repercutan negativamente sobre el excedente total de los agentes económicos, pero sí ser una señal que indique la existencia de un ejercicio del poder de mercado que reduzca dicho excedente.

Apéndice: Artículos de la ley 22.262

Artículo 1: Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Artículo 2: A los efectos de esta ley se entiende:

- a) Que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.
- b) Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él.

Artículo 41: Serán reprimidos con las sanciones previstas en el artículo 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el artículo 1:

- a) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas los precios en un mercado;
- b) Limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;
- c) Establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- e) Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento.
- f) Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno (1) o más competidores;
- g) Negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;
- h) Imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;
- i) Destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos;
- j) Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;
- k) Comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

A ATUAL ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE NO BRASIL

Por: Walter Douglas Stuber*
Lionel Pimentel Nobre

I - Introdução

Em resposta à concorrência internacional e nacional, e à globalização das relações mercantis, surgiu, no âmbito do direito econômico internacional, um interesse governamental comum, no sentido de criar uma legislação que fosse capaz de conter possíveis anomalias, resultantes dessas transformações, e que esse regramento fosse simétrico às políticas econômicas nacionais.

Observando os fluxos negociais, constata-se que, na disputa acirrada pela conquista de novos mercados e de novos consumidores, as empresas têm atuado, nas suas respectivas zonas de mercado, com maior ou menor impetuosidade, proporcionalmente às políticas de proteção macroeconômica adotadas nos países envolvidos.

A fusão de empresas, a participação societária, o controle conjunto de empresas, os contratos empresariais e a formação de grupos monopolistas podem colaborar com o desequilíbrio estrutural do mercado e conter o desenvolvimento de um setor produtivo específico, ou mesmo, de um produto característico, de modo que o Estado precise intervir nesses negócios para impedir prejuízos sociais.

Por isso, a maioria dos países vêm estabelecendo disciplinas *antitruste*¹, não em favor de interesses individuais dos concorrentes, mas do interesse da sociedade como um todo. Em maior ou em menor escala, essas disciplinas são destinadas, não à ação estatal em proteção a direitos individuais dos concorrentes simplesmente, mas à preservação dos mecanismos do mercado, como diferenciador, em relação às práticas de repressão à concorrência desleal, inspirada sempre por interesses de cunho individual.

A normatização antitruste beneficia a concorrência, conquanto as empresas precisem, necessariamente, investir capital e inovar em tecnologia, para se manterem equivalentes frente a seus concorrentes. O regramento que proporciona a concorrência em certo setor do mercado, também reflete sua influência junto a preços e na relação de equilíbrio entre oferta e procura, permitindo a redistribuição de recursos de maneira mais eficiente.

II - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade

Com vistas a eliminar os objetivos visados pelo abuso de poder econômico, ou seja, o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, o Estado interveio nas relações negociais, para reprimir tais desvios, através de um órgão colegiado denominado Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”).

Ao ser criado, em 1962, o Cade era diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, havendo, pois, uma supervisão ministerial. Ao transformar-se em *autarquia federal*, mediante a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (“Lei nº 8.884/94”), decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, o Cade foi vinculado ao Ministério da Justiça, passando a exercer, de fato, uma tutela administrativa.

Gradativamente, os poderes de decisão do Cade vêm aumentando, principalmente com a edição da Lei nº 8.884/94, que conferiu maior autonomia ao órgão. É importante, pois, perceber, detalhadamente, quais os poderes e atributos conferidos ao Cade, e ainda, quais os reflexos dessa nova realidade.

* Os autores são sócio fundador e advogado sênior de Amaro, Stuber e Advogados Associados (Av. Paulista, 1499 - 18º e 19º andares - São Paulo - SP - Brasil - 01311-928 - Telefone: (011) 284-9911 - Telefax: (011) 283-0483 - Internet Mail: lawyers@amarostuber.com - World Wide Web: <http://www.amarostuber.com>). Registrar o agradecimento a Flávio Augusto Dadalto Armani, que colaborou na pesquisa e redação deste artigo.

¹ *Truste* é a adaptação do termo inglês *Trust*, que designa a associação ou reunião de empresas, sob uma só direção, geralmente com o objetivo de criar monopólio no mercado, com a eliminação da concorrência e imposição de preços.

III - Evolução Normativa

Decreto- Lei nº 7.666 de 22 de junho de 1942

Instituída pelo Decreto-lei nº 7.666, de 22 de junho de 1942 (“Decreto-lei nº 7.666/42”), a expressão “Cade” designava “Comissão Administrativa de Defesa Econômica” e referenciava as primeiras disposições acerca da legislação brasileira antitruste, a saber, os principais elementos caracterizadores de abuso econômico.

Não obstante seu baixo reflexo funcional, o Decreto-lei nº 7.666/42 conferiu papel relevante à citada Comissão, cumprindo-lhe, então, verificar a existência de atos contrários aos interesses da economia nacional, notificar as empresas envolvidas e interromper as práticas abusivas, sob pena de intervenção.

Além disso, competia à Comissão autorizar a formação de certas empresas, assim como as incorporações, as transformações e os agrupamentos, bem como os ajustes e acordos, capazes de influenciar o processo de produção e a circulação de riquezas.

Concebido sob a égide da Constituição de 1946, esse diploma valorizou a liberdade da ação empresarial sem intervenção estatal, a não ser para corrigir anomalias. Nesse sentido, conferiu-se um caráter penal e repressivo ao controle, objetivando prevenir as atitudes abusivas². Na prática, essa postura diminuiu a efetiva aplicação das normas, pois implicava verificar pressupostos de dogmática penal, como a tipificação de atos da atividade empresarial e a análise de elementos subjetivos. Além disso, esse diploma foi criticado, principalmente, quanto à abrangência de sua atuação - da concentração fundiária, à desapropriação de empresas, até à própria composição do órgão.³

O Cade não possuía poderes de tutela e de vinculação de decisões que pudessem afetar a conduta econômica das empresas, em decorrência de três fatores: (i) a falta de amadurecimento da legislação proposta, no âmbito material do direito, da competência do órgão à natureza das normas atribuídas ao diploma legal de 1942; (ii) a pouca maleabilidade e a baixa adequação das disposições legais, inclusive dos normativos expedidos pela *Comissão*, relativamente às rápidas transformações no âmbito da área societária, financeira e institucional das empresas do país; e (iii) o limitado poder de vinculação das decisões do órgão, visto o pequeno poder político que encerrava.

Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962

Com o advento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 (“Lei nº 4.137/62”), o Cade passou a ser designado por “Conselho Administrativo de Defesa Econômica”, cabendo-lhe examinar os atos capazes de propiciar abuso econômico, e atuar, se necessário, por meio de intervenção ou desapropriação do acervo das empresas. Vale dizer, que tal diploma tomou por modelo as disposições do Decreto-lei nº 7.666/42.

Isso significa que aquele caráter eminentemente penal, atribuído às normas do Decreto-lei nº 7.666/42, também o foi, relativamente à Lei nº 4.137/62, de modo que, o conteúdo material dessas disposições permaneceu e convalidou-se, porém, na forma de repressão administrativa, através da multa administrativa.

É possível observar a importância e a validade dos dispositivos da Lei nº 4.137/62, que foram aplicáveis, em 1992, quando da constatação da *cartelização de preços* entre empresas de vigilância:

“CARTELIZAÇÃO DE PREÇOS - UNIFORMIZAÇÃO DE CONDUTA PREVIAMENTE CONSERTADA - ACORDO EXPRESSO PARA FIXAÇÃO DE PREÇOS MÍNIMOS IGUAIS - ESTABELECIMENTO DE PREÇOS MEDIANTE A UTILIZAÇÃO DE MEIOS ARTIFICIOSOS - IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES À EMPRESAS DISSIDENTES - AMPLA DEFESA E CLAREZA DA DENÚNCIA - INFRAÇÃO AO ART. 2º, INCISO I, ALÍNEAS “A” E “G”, DA LEI Nº 4.137/62. A realização de acordo entre empresas, ainda que coordenado por sindicato da categoria, uniformizando condutas e/ou fixando tabela obrigatória de preços mínimos configura o ilícito do art.

² “...a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (Art. 148 da Constituição Federal de 1946).

³ FERREIRA, Waldemar. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1954, p. 193.

2º, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 4.137/62, sendo irrelevante se os preços acordados são justos ou abusivos ou se objetivam a prevenção de práticas predatórias. Outrossim, a penalização da empresa que se recusa a observar os termos avençados se constitui, mais, a criação de dificuldades de que trata o art. 2º, inciso I, alínea “g”, da mesma lei.⁴ *Referência: Voto no Processo Administrativo nº 109/88 (Cade), de 16.12.1992. Representante: Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C Ltda., Representados: Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros. In DOU de 21.12.1992, Seção, I, p.17.672.*”

Podemos citar, também, relativamente à natureza penal da norma, uma outra decisão do CADE, que valorizou a *possibilidade* de dano, e não, simplesmente, o dano eminentemente causado, característico das normas do âmbito civil :

“DOMINAÇÃO DE MERCADO E PROVOCÇÃO DE CONDIÇÕES MONOPOLÍSTICAS - NATUREZA JURÍDICA - INFRAÇÕES DE PERIGO - RECONHECIMENTO. A dominação de mercado e a provocação de condições monopolísticas são infrações de perigo, que não exigem a sua configuração que o ato tenha alcançado o resultado pretendido, bastando ao seu conhecimento a simples utilização dos meios destinados a tais fins.⁵ *Referência: Decisão no Processo Administrativo 58, de 10.09.87, Representante: Cade, “ex officio”, Representada: Cooperativa Central de Produtores de Leite - CCPL, Conselheira Relatora: Ana Maria Ferraz Augusto (DOU de 15.9.87, Seção I, p. 14.910).*”

O Cade, mesmo sem exercer efetivamente seu controle administrativo sobre as relações negociais, à época do diploma de 1962, já solidificava a natureza de sua vinculação, consolidando, pouco a pouco, as hipóteses factuais de atuação do órgão.

Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991

A Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 (“Lei nº 8.158/91”), criou um regime de competência diferente do disposto na Lei nº 4.137/62, instituindo-se uma ação conjunta do Cade e da Secretaria de Direito Econômico (“SDE”), relativamente à legislação antitruste.

À época da publicação da Lei nº 8.158/91, todas as discussões, das políticas às jurídico-doutrinárias, circularam em torno da *competência* para dirimir questões do direito antitruste. Isso aconteceu, devido à postura adotada pelo referido diploma, a saber:

- (i) Competia à SDE, órgão governamental técnico, de caráter eminentemente investigatório, *apurar* os distúrbios em certos setores econômicos e empresas, e propor as medidas cabíveis;
- (ii) Competia ao Cade, órgão eminentemente político, conformado a interesses de ordem macroeconômica, receber o processo remetido pela SDE, *julgar* e *aplicar* as medidas preventivas.

Logo, a nova sistemática definiu ser da SDE a competência para apuração dos fatos (artigo 1º, *caput*), cumprindo ao Cade a função estritamente judicante (artigo 14, *caput*).

Essa repartição de competências, no âmbito da legislação antitruste, revitalizou o controle governamental, já que fora criado um sistema procedimental e processual simétrico aos sistemas do Poder Judiciário, assegurando uma melhor composição de provas e documentos na fase investigatória, e julgados eivados de melhor certeza e critério.

Além disso, as demandas passaram a exigir, no âmbito do processo, fundamentação probatória e composição de documentos, que, de certo, proporcionou melhor compreensão e entendimento dos aspectos implícitos às práticas empresariais, corroborando com o aperfeiçoamento dos sistemas investigatórios.

A importância desse procedimento investigatório, assim como a valoração de princípios próprios do processo civil, como o da *ampla defesa* e o da *verdade material*, se concretiza em alguns julgados do Cade, ainda que na fase da *Decisão de Averiguações Preliminares*, o que é compreensível, já que o nova sistemática visou fortalecer

⁴ Gonzaga Franceschini, José Inácio. *Comentários em Introdução ao Direito da Concorrência*, Malheiros Editores, 1996, p. 61.

⁵ Gonzaga Franceschini, ob. cit., p. 56.

a vinculação das decisões. É nesse ínterim que Gonzaga Franceschini fez alguns comentários, frente a análise de uma decisão preliminar:

“CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA PERICIAL - NÃO APRECIÇÃO DO LAUDO PELA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - EIVA RECONHECIDA - INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA LEI Nº 8.158/91. INSTRUÇÃO INCOMPLETA - CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA COMPLEMENTAÇÃO DE PROVA PERICIAL - OFERECIMENTO DE QUESITOS COMPLEMENTARES PELO CADE - ADMISSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA TESTEMUNHAL REGULARMENTE REQUERIDA - INDEFERIMENTO - EIVA RECONHECIDA. Uma vez realizada prova pericial envolvendo aspectos relevantes dos fatos investigados, indispensável se faz a manifestação de ordem técnica por parte da Secretaria de Direito Econômico (art. 6º, caput, da Lei nº 8.158/91), abrindo-se, após, vista à Representada. Assim não ocorrendo, os princípios da ampla defesa e da verdade material impõe o retorno dos autos àquela Secretaria, como órgão encarregado da instrução. Encontrando-se incompleta a instrução processual, o princípio da verdade material autoriza ao Cade converter o julgamento em diligência para complementação de prova pericial, inclusive mediante formulação de quesitos. O indeferimento de prova testemunhal regularmente requerida, destinada a comprovação de fato pertinente ao processo, constitui nulidade processual por cerceamento de defesa.⁶ *Referência: Decisão nas Averiguações Preliminares 34, de 10.9.87, Representantes L A. S. Moura e Alcy dos Santos Moura, Representada: Cia. Vale do Rio Doce - CVRD, Conselheiro Relator: Deová Magalhães Sobreira (DOU de 15.9.87, Seção I, p. 13.912).*”

Da mesma forma, em processo que se discutiu a competência para a *instrução processual* dos fatos, o Cade se pronunciou da seguinte forma:⁷

“INSTRUÇÃO PROCESSUAL - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO PARA APURAÇÃO DOS FATOS - RECONHECIMENTO - ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA PELA LEI Nº 8.158, DE 1991. “... o precedente indicado refere-se ao ano de 1978, quando a competência para apuração de práticas abusivas do poder econômico era, também, do Cade - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (art. 8º da Lei nº 4.137, de 10.09.62). Todavia, tal sistemática veio a ser alterada pela Lei nº 8.158 de 8.10.91, que definiu ser da SDE a competência para apuração dos fatos (art. 1º, *caput*), cumprindo ao Cade a função estritamente judicante (art. 14, *caput*).” *Referência: Voto no Processo Administrativo nº 34/92, de 3.11.1993, Representante: Cosmoquímica S.A. Indústria e Comércio, Representada: Carbocloro S.A. Indústrias Químicas. In Dou de 25.10.1993, Seção I, e de 8.11.1992, Seção I, p. 16.692.*”

Gradativamente, então, a sistemática de regulamentação do Cade se desenvolveu, principalmente, no que concerne à organização institucional, as subdivisões de competência, a redistribuição de atribuições, que, no todo, facilitou o melhor controle do órgão sobre as negociações empresariais.

Além das alterações no espectro da competência administrativa, a Lei nº 8.158/91 mudou a concepção em torno do caráter meramente repressivo do direito antitruste, de modo que, passou a valorizar, primordialmente, os interesses e efeitos produzidos no mercado e, acessoriamente, a culpabilidade dos agentes.⁸

Essas considerações do Cade têm validade, pois certas operações no mercado, ainda que destituídas da vontade ilícita dos agentes, podem provocar anomalias neste ou naquele setor, a médio ou a longo prazo.

As Regras Atuais - Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994

Por fim, com a publicação da vigente Lei nº 8.884/94, o Cade obteve maior autonomia, vinculando-se ao Ministério da Justiça, na forma de Autarquia Federal. Isso significa que, ainda que permanecida a divisão de competência dada pela Lei nº 8.158/91, o Cade passou a não mais depender dos pareceres técnicos da SDE, podendo propor judicialmente a execução de suas decisões.

⁶ Gonzaga Franceschini, ob. cit., p. 305.

⁷ Parte do voto do Conselheiro-Relator, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho.

⁸ “... na apuração e correção dos atos ou atividades previstos nesta lei, a autoridade levará em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não se caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores.” (Art. 22 da Lei nº 8.158, de 08.01.1991).

As justificativas para centralizar o poder decisório no Cade refletem a lentidão e o atraso com que o órgão começou, efetivamente, a influir nas decisões empresariais nacionais. A necessidade das deliberações do Cade acompanharem o acelerado crescimento dos negócios no país exigiu que esse órgão tivesse maiores poderes, de modo a conter a demanda de negociações, em menor prazo.

(i) Natureza Jurídica das Decisões do Cade

A Lei nº 8.884/94, para dar celeridade ao Cade, revestiu-o de natureza autárquica. Agora, já não subsistem dúvidas concernentes ao órgão administrativo, com competência para pleitear em juízo o cumprimento das decisões ou a efetivação das penalidades.

A natureza autárquica atribuída ao Cade lhe garante, dessa forma, autonomia para, adicionalmente, analisar e investigar a prática empresarial, independentemente da prévia interveniência da SDE ou do Ministério Público. O Cade, então, passou a englobar funções e competências, no âmbito administrativo, cabendo-lhe intervir nas negociações empresariais, sem que haja necessidade da anuência de outros órgãos governamentais ou, do ponto de vista sistemático, de submeter-se ao crivo do antigo percurso processual.

Entretanto, o Cade continua sujeito à autoridade do Poder Judiciário e o controle judicial desses atos administrativos sujeita todas as suas decisões, sejam elas de cunho condenatório por ofensas à ordem pública, sejam no exercício de sua competência de fiscalização, relativos a atos de concentração econômica.

As decisões do Cade configuram verdadeiros laudos técnicos especializados, que podem ser submetidos ao crivo da autoridade judiciária.

O caráter de *órgão judicante* significa dizer que o Cade possui o poder de julgar a questão que lhe é colocada, mas nunca de afastar uma decisão do Poder Judiciário.

Fato é que, com essa nova sistemática, ou seja, ampliada sua competência, o Cade passou a atuar de forma preventiva e repressiva, respectivamente, ora proibindo certas negociações e intervindo nos possíveis efeitos maléficis da atuação empresarial, ora fiscalizando e punindo os responsáveis por constatados malefícios à ordem econômica.

(ii) Competência Vinculada - Discricionariedade - Sanção

A competência do Cade está relacionada com a existência de infração contra a ordem econômica e a aplicação das penalidades previstas em lei (artigo 7º, inciso 2º). Essa competência, quando o Plenário da autarquia enquadra determinada prática empresarial nas hipóteses infracionais descritas nos artigos 20 e 21, revela sua natureza vinculada.

Sabendo que o ilícito caracterizado, como pressuposto de sancionamento administrativo denomina-se “infração contra a ordem econômica”, vale perceber que o Cade, órgão encarregado de apurar a ocorrência do ilícito e julgá-lo, não dispõe de discricionariedade quando conclui pela sua caracterização.

O julgamento de existência das práticas infracionais deriva do exercício de competência vinculada. Não pode o Cade considerar infração à ordem econômica a conduta que o legislador não descreveu como tal.

Não há margem de liberdade do órgão administrativo para optar pela caracterização ou não de determinada conduta de empresa. Ainda que a norma tenha caráter exemplificativo⁹, incorpora um número restrito de hipóteses, que se adequam à finalidade do legislador.

No entanto, por outro lado, a competência de *aplicar* a sanção prevista na lei, tem a natureza discricionária. O Cade pode não sancionar o empresário incurso na prática infracional, quando sua conduta importar efeitos

⁹ O capítulo II, da Lei nº 8.884/94, que discorre sobre a caracterização das *Infrações da Ordem Econômica*, dispõe, em seus artigos 20 e 21: “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos **sob qualquer forma** manifestados...” e “Art. 21. As seguintes condutas, **além de outras**, na medida em que configurem hipótese prevista...” (grifos nossos).

benéficos à economia, assim como infligir multa inferior ao limite mínimo referido na lei, sempre que entender compatível essa medida com a política econômica do governo.

(iii) Penas

A lei antitruste municiou o Cade para aplicar sanções pecuniárias ou instrumentos acessórios às sanções pecuniárias, quando constatada a infração. Essas deliberações refletem, claramente, a atual posição do órgão e, certamente, quais os mecanismos de controle utilizados.

São pois passíveis de aplicabilidade, as seguintes penas:

1. Multa dirigida à empresa, pela prática de infração da ordem econômica, que poderá variar de 1% (um por cento) a 30% (trinta por cento) do valor do faturamento bruto em seu último exercício, excluídos os impostos;
2. Multa dirigida ao administrador, responsável direto ou indireto pela infração da ordem econômica, que corresponderá de 10% (dez por cento) a 50% (cinquenta por cento) do valor da multa que seria aplicável à empresa;
3. Multa aplicada em dobro, se a empresa ou o administrador, direta ou indiretamente, cometer infração contra a ordem econômica na hipótese de reincidência;
4. Multa aplicada cumulativamente ou isoladamente ao administrador e à empresa, dependendo do interesse público geral e da gravidade dos fatos;
5. A Publicação da Decisão Condenatória em jornal indicado durante dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;
6. Proibição de celebrar contratos com instituições financeiras, tratando-se de infração grave ou de questão de interesse público;
7. Proibição de participar de licitações, durante cinco anos consecutivos, incluindo-se as alienações, aquisições, obras e serviços públicos, além das respectivas concessões;
8. Inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
9. Recomendação aos órgãos públicos: (i) para não conceder licença de patentes de titularidade do infrator; (ii) cancelar o incentivo fiscal e subsídio público concedido ao infrator; (iii) negar o parcelamento de tributos federais devidos;
10. Para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica, a autoridade competente providenciará a cisão de sociedades, a transferência de controle acionário, a venda de ativos e a cessação parcial de atividade.

(iv) Práticas do Cade

Desde a edição da Lei nº 8.884/94, algumas decisões e deliberações refletiram a amplitude de atuação do Cade, frente às negociações empresariais brasileiras. A atuação do órgão conformou-se com a proposta de opções ou, ainda, com a efetiva desconstituição de negócios, atingindo uniões e incorporações de empresas, e a transferência de ações, ora na forma preventiva, ora na forma repressiva.

Podemos lembrar, por exemplo, das atuações do Cade, quando o grupo Gerdau adquiriu a Siderúrgica Pains.

O órgão controlador, visando conter uma possível anomalia na concorrência do setor de siderurgia, apresentou propostas, ou melhor, opções que a Gerdau deveria analisar e escolher, a fim de que o negócio fosse aprovado pelos critérios do Conselho. Essas opções envolveram, desde medidas eliminadoras dos efeitos nocivos da concorrência a propostas de arrendamento e alienação da Pains.

Desconsiderando as implicações doutrinárias ou mesmo políticas que estejam ligadas ao processo de interferência do Cade, fato é que o órgão interveio nessa negociação de forma efetiva. Isso significa que mesmo havendo a possibilidade de ingressar no Poder Judiciário para discutir a decisão do Cade, cabe lembrar que uma negociação empresarial precisa ser mais veloz que uma decisão final do judiciário.

Além do exemplo citado, o Cade também determinou a desconstituição de uma associação entre as empresas Brahma e a norte-americana Miller, fabricantes e comerciantes de cerveja, sob o argumento de que essa “joint venture” causaria danos à concorrência, impedindo o surgimento de uma possível concorrente nesse setor. A decisão gerou uma grande polêmica nos meios jurídicos e empresariais sobre os limites de atuação do órgão brasileiro encarregado da defesa da concorrência, mas isso não impediu o efetivo cumprimento da decisão.

Importante salientar que, em ambos os casos citados, o Cade agiu de forma repressiva, ou seja, interveio após realizada a alienação da Pains e a associação das cervejarias. Os reflexos das decisões do órgão, nesses casos, são muito mais devastadores, pois geram prejuízos para as empresas envolvidas.

As empresas, nesses casos, podem atender às propostas do Cade ou intervir judicialmente contra a decisão tomada. Contudo, intervindo judicialmente, as empresas estarão se envolvendo em morosa discussão judicial, podendo prejudicar a perfeita consolidação das operações, seja quanto ao aspecto legal, seja quanto ao empresarial.

Outro importante exemplo de atuação do Cade revela que a análise técnica do Cade pode atingir, inclusive, elementos ligados à marcas, patentes e à publicidade de produtos comerciais.

Para aprovar a compra da Kolynos do Brasil, possuidora de tradicional marca de produtos de higiene bucal (“Kolynos”), pela Colgate-Palmolive, foram estabelecidas algumas condições pelo Cade, desde a retirada do mercado da marca “Kolynos” de cremes dentais, por quatro anos, até a proibição de vincular, em promoção publicitária, expressões que pudessem relacionar a marca adquirida. A atuação do Cade, nesse caso, implicou mudanças na ação logística e publicitária da empresa.

Pelo citado e por todos os reflexos que as decisões do Cade têm provocado, o próprio órgão tem aconselhado às empresas, envolvidas em operações com potencial nocivo ao mercado, que contenham os investimentos, preventivamente, para minimizarem os custos de uma possível dissolução e reduzir as barreiras a uma eventual desconstituição do negócio.

IV - Cade e as Privatizações

Paralelamente ao problema da concorrência e do abuso de poder, a realidade brasileira atual acrescentou um agravante ao panorama interno: as “privatizações”. Fato é que, algumas empresas estatais, passíveis de participarem do Programa Nacional de Desestatização - PND, detêm o monopólio legal ou de fato, ou ainda, possuem posição dominante ou ao menos expressiva no mercado. Isso significa que a própria lei ou regulamento que prevê a forma de transferência da empresa aos particulares deve levar em conta o dado concorrencial.

Relativamente às “privatizações”, assunto de grande importância no panorama empresarial brasileiro, o Cade tem manifestado, ainda que de modo ameno, suas prováveis formas de intervenção, a saber:

- (i) exigir nos editais de privatização dispositivos que resguardem as políticas de defesa à concorrência e evitem monopólios;
- (ii) opinar sobre a forma do edital no que se refere à concorrência, com atenção ao que vem sendo atualmente chamado de “guidelines”, ou seja, sugestões fixadas no edital.;
- (iii) não apenas opinar no Conselho Diretor do PND, mas também votar nas deliberações, concernentes à concorrência.

Em artigo publicado recentemente,¹⁰ a procuradora geral do Cade, Marusa Freire, afirmou que, “sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superada em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o Cade para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais”.

V - Conclusão

Com base no exposto, podemos concluir que:

(i) As regras antitruste vêm afetando, cada vez mais, as atividades das empresas brasileiras, conquanto tenham em comum a necessidade de estabelecer suas áreas de influência econômica e a conquista de novos consumidores, seja através de processos de fusão, de participação societária, e pelos contratos empresariais, civis ou mercantis, seja através da formação de grupos de empresas.

(ii) O Cade é, hoje, uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que tem autonomia para:

1. investigar e dispor pareceres técnicos;
2. julgar as demandas, consoante as provas analisadas, e as normas de prevenção e repressão ao abuso do poder econômico;
3. propor judicialmente a execução de suas decisões.

(iii) As decisões do Cade não possuem caráter judicial, por se tratar de órgão da administração pública, ou seja, podem ser contestadas junto ao Poder Judiciário.

(iv) Recomenda-se observar que as demandas, no âmbito do poder judiciário, tendem a ser morosas. Por outro lado, as empresas buscam e exigem a devida celeridade de suas negociações. Deve-se atentar, portanto que, ao exercer o *controle dos atos e contratos*¹¹ do setor empresarial, pode o Cade, nesse ínterim, propor opções ou discutir soluções que evitariam, possivelmente, custos desnecessários.

São Paulo, 9 de setembro de 1997.

¹⁰ Revista de Direito Econômico, nº 23

¹¹ Artigo 54, Capítulo I - Do Controle de Atos e Contratos, Título VII - Das Formas de Controle, da Lei nº 8.884/94.

EL ACCESO AL EXPEDIENTE

Por Margarita Alarcón Carrillo ¹
Delegada para la Promoción de la Competencia
Superintendencia de Industria y Comercio

Las autoridades Colombianas que les corresponde aplicar la normativa sobre libre competencia tienen amplias facultades para solicitar y obtener información y documentos acerca de elementos esenciales de los negocios de las empresas, por ello se enfrenta al igual que las autoridades de los demás países, a la dificultad de fijar la extensión y los límites para acceder a los expedientes, en el curso de las investigaciones que adelanta.

El debido proceso² se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas según el artículo 29 de nuestra Constitución Política y, el derecho de defensa, íntimamente vinculado al mismo, se desdobra en los derechos a ser notificado, derecho a hacerse parte, el derecho a tener acceso al expediente, derecho a ser oído, derecho a presentar pruebas y alegatos y el derecho a ser informado sobre los medios de defensa.

Por ello, el acceso al expediente exige conciliar el respeto al derecho de defensa con la necesidad de proteger la información reservada, entendida en el sentido de impedir el conocimiento de algún contenido o circunstancia, a algunas personas o al público en general.

Desde la ley 155 de 1.959, que prohibió de manera general toda conducta que distorsione la competencia en los mercados, el artículo 13 dispone que tales investigaciones tendrán carácter estrictamente reservado. Veamos a continuación el tratamiento que en general la ley Colombiana da al acceso a los documentos que reposan en las oficinas públicas y, a continuación su alcance, tratándose de investigaciones por infracciones a las normas sobre competencia.

El acceso a los documentos públicos.

El artículo 74 de la Constitución Política establece como regla general la publicidad y el acceso ciudadano a la documentación pública y, como excepción, su reserva. La ley 57 de 1.985, que sustituye los arts. 19, 20, 21, 22, y 24 del Código Contencioso Administrativo, regula, a su turno, lo concerniente a la publicidad que reposa en las oficinas públicas, como lo es la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que tiene a su cargo velar por el cumplimiento de las leyes sobre competencia, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Establece la ley 57 mencionada, (artículo 12), que toda persona tiene derecho a la consulta de los documentos públicos, siempre que no tengan el carácter de reservados según la ley, por lo que la administración sólo podrá negar la consulta de determinados documentos o la copia o fotocopia de los mismos mediante providencia motivada que señale su carácter reservado, indicando las disposiciones legales vigentes. Si la persona interesada insiste en su solicitud, prevé el artículo 21, que puede solicitar, mediante el denominado recurso de insistencia, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que tenga jurisdicción en el lugar donde se encuentre el documento, decida en única instancia si acepta o no la petición formulada o si la administración debe atenderla parcialmente.

Sobre el derecho de acceso, se ha pronunciado la Corte Constitucional³ señalando que, como todo derecho, tiene algunos límites que deben inspirarse en una objetiva prevalencia de un verdadero interés general y, en consecuencia, los funcionarios están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos cuya consulta

¹ Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Las opiniones expresadas en el presente documento corresponden al autor y no comprometen a la Superintendencia de Industria y Comercio

² El debido proceso que emana de la Constitución para las actuaciones administrativas "es el que tiene relación con la existencia y atribución de la competencia en cabeza de la autoridad pública, con la determinación de si su actuación obedece a intereses generales o fines constitucionales y públicos, o si aquella manifestación de voluntad es arbitraria, irracional u ofensiva de los derechos constitucionales, o si no es una grosera emanación del querer abusivo de la autoridad, en contra de los derechos constitucionales de la persona". (C. Const. Sent. T. 13 de 1992).

³ (Sent T 473, 1.992).

o comunicación pueda atentar contra secretos protegidos por la ley ,tales como los secretos comerciales e industriales.

Es así como los libros y papeles de los comerciantes no pueden examinarse por personas distintas a sus propietarios o personas autorizados para ello ,como lo señala el artículo 61 del código de comercio. Por ello, deben entenderse como reservados los procedimientos secretos de producción industrial, sistemas de venta y, en general aquellos datos cuya divulgación afecten a la empresa en materia de competencia. La información debe ser analizada en cada caso para establecer si sobre una determinada información recae alguna reserva consagrada expresamente por la ley y, si por su contenido, se puede concluir que existe alguna norma que límite su divulgación ,como también lo señaló la Corte Constitucional.⁴

Conforme lo expuesto, no es posible el acceso ciudadano a documentos sometidos a reserva y no puede entenderse que esta negativa constituye una vulneración al derecho de petición del solicitante .

La reserva en las investigaciones por violación a las normas sobre competencia

El artículo 52 del decreto ley 2153 de 1.992, consagra que adelantada la averiguación preliminar, si hubiere lugar, se ordenará la apertura de la investigación, la cual se notificará a los investigados para que soliciten las pruebas que pretendan hacer valer en el curso de la misma. Finalizada la instrucción, el Superintendente Delegado pasará un informe al Superintendente sobre si ha habido infracción, del que dará traslado a los investigados, previa a su finalización. En lo allí no previsto, se aplican las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo. Por otra parte, como se anotó, el artículo 13 de la ley 155 dispone que la investigación será reservada .

Consagra, pues, el artículo 52 el derecho de contradicción en las investigaciones ,y el artículo 13 su reserva, lo cual atiende a un criterio de lo ajustado a la necesidad, en protección del investigado.

De conformidad con las anotaciones iniciales de este escrito, podemos afirmar que durante la averiguación preliminar la actuación es reservada frente a todos (presuntos infractores,denunciantes, terceros) y, no hay norma que frente a una petición de poner en conocimiento los documentos recaudados durante esta etapa obligue a la autoridad pública a hacer entrega de los mismos .

Iniciada la investigación, el empresario investigado tiene derecho a acceder al expediente así como a la protección de sus procedimientos industriales, estrategias de mercado, etc. Con los documentos reservados se hará cuaderno separado. Es entendido que las comunicaciones entre funcionarios u otras autoridades, al no constituir valoración o evaluación de datos no constituyen parte del expediente, por lo tanto su consulta no los incluye.

Las sesiones del Comité Asesor para Promoción de la Competencia, órgano consultivo que debe ser oído en caso de sanción o de adopción de medidas cautelares, al estar destinadas a ilustrar los criterios del Superintendente, son igualmente reservadas frente a todos, investigados, denunciantes y terceros .

En dos oportunidades se ha manifestado el Tribunal administrativo de Cundinamarca en relación al acceso al expediente en materia de investigaciones por violación de las normas sobre promoción a la competencia, en ejercicio del recurso de insistencia previsto por la ley, así :

- Mediante providencia de febrero 29 de 1996 (Exp. 6658) frente la solicitud de entrega por un tercero de los antecedentes de una investigación finalizada, caso Comcel y Celumovil, confirmando la negativa de entrega de ellos realizada por la Superintendencia. Consideró el Tribunal que los antecedentes solicitados por el peticionario gozan de reserva legal en virtud del artículo 13 de la Ley 155 de 1959, por lo que no podían ser suministrados por la Superintendencia como lo solicitaba el peticionario.

- Mediante providencia del 19 de junio de 1997 (Exp. No. 9081), sobre la solicitud de entrega de fotocopia de "la totalidad de los documentos, datos, informes, actas de visita administrativas de inspección, así como de los estudios económicos elaborados o realizados por los funcionarios de la Delegatura para Promoción de la Competencia, de las actuaciones y de los antecedentes administrativos", formulada por los investigados de la

⁴ (Sent. CO 53 1.995) .

actuación en curso originada por la resolución 318 de marzo 6 de 1997 "por medio de la cual se ordena abrir investigación contra el Instituto Colombiano de Productores de Cemento y unas Fábricas Productoras de Cemento Gris". Igualmente se argumentó por los peticionarios que transcurridos 10 días, sin resolver la petición, los documentos que gozan de reserva la pierden a la luz del artículo 25 de la precitada Ley 57. Estimó el Tribunal al resolver el recurso de insistencia, que analizada la norma en la cual se fundamenta la Superintendencia para negar en parte las solicitudes presentadas por las citadas empresas, artículo 13 de la Ley 155 de 1959, "es evidente que la investigación adelantada es de carácter estrictamente reservado" y, en consecuencia, niega el acceso a los documentos reservados y la expedición de las copias de que trata el recurso de insistencia.

Consideró el Tribunal que si bien es cierto que el artículo 13 de la ley 155 de 1959 fue modificada en cuanto al procedimiento por el artículo 52 del Decreto Ley 2153 de 1992, y que el artículo 54 ibídem estableció que en lo no previsto en éste Decreto se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo, en nada contraría estas disposiciones la reserva consagrada en el artículo 13, por tratarse de una norma especial y esta resguardada esa situación por el artículo 29 del C.C.A. Además, agrega, dentro de la investigación preliminar, la mayor parte de los documentos resguardados provienen de las mismas empresas y corresponden a los que cada empresa en particular posee en sus libros y papeles de contabilidad "motivo por el cual no pueden ser conocidos por las demás empresas en virtud del artículo 61 del Código de Comercio que establece la reserva para los libros y papeles del comerciante".

Igualmente sobre el hecho de no haber respondido los derechos de petición respectivos dentro del término de diez (10) días que consagra la ley, artículo 25 de la ley 57 de 1985, señaló que "no puede ser causa para ordenar la violación de la reserva consagrada en la Ley, conforme repetidas oportunidades lo ha expuesto ésta Sala de Decisión".

Se apartó de ésta decisión uno de los magistrados integrantes de la Sala, al considerar que el artículo 13 es incompatible con el artículo 29 de la Constitución, al impedir el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso de los implicados en la investigación.

De lo expuesto, podemos concluir la conveniencia de expedir en Colombia una reglamentación que de manera especial regule lo referente al acceso al expediente en las investigaciones por violación a las normas sobre competencia, además del procedimiento interno para atender las peticiones en la materia, con el fin de garantizar plenamente la observancia del debido proceso en la materia .

Bogotá 1.997.

LEGISLACIÓN COSTARRICENSE EN MATERIA DE COMPETENCIA

Por: **Laura Dachner C.- Comisión para Promover la Competencia**
Pamela Sittenfeld H. - Comisión para Promover la Competencia
Uri Weinstok M. - bufete Niehaus, André & Niehaus

1. Marco Regulatorio

- a. Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Costa Rica que dispone lo siguiente:

Artículo 46.-Son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés publico la acción del Estado encaminada a impedir toda practica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa."

- b. Ley N° 7472 de 20 de diciembre de 1994, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 19 de enero de 1995, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (en adelante "Ley")
- c. Regirá para lo imprevisto, supletoriamente, la Ley 6227 de 2 de mayo de 1978, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 30 de mayo 1978, Ley General de la Administración Publica. (en adelante "Ley General")
- d. Decreto Ejecutivo No. 25234-MEIC de 25 de enero de 1996, publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 1 de julio de 1996, Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (en adelante "Reglamento")
- e. Ley No. 3367 de 12 de marzo de 1966, publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 17 de abril de 1966, Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (en adelante "Ley Reguladora")

2. Fines y Objetivos de la Ley

El artículo 1 de la Ley, establece que sus fines son:

- a. Proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor.
- b. La tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia.

Para alcanzar los fines de promoción de la competencia, el mencionado artículo 1 establece los siguientes objetivos:

- a. La prevención, prohibición de monopolios, de prácticas monopolísticas y de otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado, y
- b. La eliminación de las regulaciones necesarias innecesarias para las actividades económicas.

3. Ámbito de Aplicación

De conformidad con el artículo 9 de la Ley, la normativa concerniente a la Promoción de la Competencia se aplica a todos los agentes económicos. La definición de estos se encuentra en el artículo 2, que los define como:

"En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, publica o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero."

4. Excepciones al Ámbito de Aplicación

Los artículos 9 y 69 de la Ley, así como el 29 del Reglamento exceptúan de la aplicación del capítulo de Promoción de la Competencia a:

- a. Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen la leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar esos servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en regulaciones especiales.
- b. Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas, en áreas como: seguros, destilación de alcohol y comercialización para consumo interno, distribución de combustibles y los servicios telefónicos, de telecomunicaciones, de distribución eléctrica y de agua.
- c. Las municipalidades, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros.

5. Existencia de Prohibiciones Generales

El artículo 10 de la Ley contempla una prohibición general al disponer:

"Se prohíben y deben sancionarse (...) los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él (...)"

Esta misma prohibición se repite en el artículo 28 del Reglamento.

6. Las Conductas Prohibidas incluyendo sus Definiciones

Cuatro tipos de conducta son prohibidas por la Ley: las prácticas monopolísticas absolutas, las prácticas monopolísticas relativas, las concentraciones y la competencia desleal. El terna de las concentraciones será referido posteriormente, mientras que las otras prácticas se describen de la siguiente forma:

Prácticas Monopolísticas Absolutas.

El artículo 11 de la Ley define las prácticas monopolísticas absolutas como los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

- a. "Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b. Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.
- d. Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas."

De acuerdo con ese mismo artículo, estos actos son nulos de pleno derecho y se sancionara a los agentes económicos que incurran en ellos.

Prácticas Monopolísticas Relativas

De conformidad con el artículo 12 de la Ley, se consideran prácticas monopolísticas relativas los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes económicos del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

- a. "La fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes económicos que no sean competidores entre si.
- b. La imposición de precio o las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.
- c. La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

- d. La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
- e. La concentración entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.
- f. La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.
- g. En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada."

La comisión de estas prácticas, para ser violatorias de la Ley, deberá comprobarse que el agente económico que incurre en ellas tiene un poder sustancial en el mercado relevante, y que la practica en cuestión se da con respecto a bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante (Artículo 13 de la Ley).

El artículo 16 de la Ley establece que para determinar un mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios :

- a. Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal situación.
- b. Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.
- c. Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.
- d. Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.

El artículo 15 de la Ley establece que para determinar si un agente económico tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante debe considerares lo siguiente :

- a. Su participación en el mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.
- b. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.
- c. La existencia y el poder de sus competidores.
- d. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.
- e. Su comportamiento reciente.

7. Excepciones relacionadas con Prácticas Prohibidas

No se establecen excepciones en relación con las prácticas prohibidos que sean distintas a las incluidas en el título cuarto anterior.

8. Normativa referente a Concentraciones Económicas (fusiones, adquisiciones, joint ventures, etc.)

El artículo 16 de la Ley establece que por concentración se entiende la fusión, (a adquisición del control o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, simulares o substancialmente relacionados.

Asimismo, dicho artículo establece que en la investigación de las mismas deben seguirse los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en el artículo 15 de la Ley, en relación con las prácticas monopolísticas relativas.

Por otra parte, el artículo 24 inciso c), de la Ley, incluye entre las potestades de la Comisión para Promover la Competencia, la de investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas en esta Ley.

Se prevé en el artículo 25 inciso b), que la Comisión pueda ordenar la desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente.

9. Órganos de Aplicación

El artículo 18 de la Ley señala que la Comisión para Promover la Competencia es un órgano de máxima desconcentración, adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Esta Comisión debe conocer, de oficio o por denuncia y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado. La instancia administrativa ante esta Comisión es obligatoria y de previo agotamiento para acudir a la vía judicial. Por otra parte, el artículo 61 de la Ley señala que una vez agotada la vía administrativa, las resoluciones finales podrán impugnarse, ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

9.1. Estructura

La Comisión esta integrada por cinco miembros propietarios y cinco miembros suplentes, nombrados por acuerdo del Poder Ejecutivo, a propuesta del Ministro de Economía, Industria y Comercio. De acuerdo con la Ley, los integrantes de la Comisión deben ser personas de prestigio, con vasta experiencia en la materia, reconocida ponderación e independencia de criterio.

De los cinco miembros propietarios, cuatro deben ser, necesariamente, un abogado, un economista y dos profesionales con grado universitario en ramas de la ciencia, afines con las actividades de la Comisión. El otro será libremente elegido por el Poder Ejecutivo.

Los suplentes ocuparan los cargos de los propietarios en caso de ausencia temporal, impedimento o excusa. Sin embargo, a las sesiones pueden concurrir los propietarios y los suplentes, pero solo los titulares votaran.

Todos los miembros permanecerán en sus cargos por cuatro años y podrán ser reelegidos cuantas veces se disponga. Sin embargo, para el primer periodo, dos de los cinco miembros cesaran en sus funciones después de dos años de haberlas iniciado, en virtud del sorteo que se realice. A partir de esta misma fecha se procederá a nombrar los dos nuevos propietarios por cuatro años. Los tres restantes permanecerán en sus cargos durante el periodo para el cual fueron designados. (Artículo 19 de la Ley)

El Presidente es elegido por los miembros de la Comisión de su seno, por mayoría absoluta. Durará en su cargo dos años, pudiendo ser reelecto. Sus facultades son las establecidas en el artículo 78 del Reglamento. Asimismo, se elige un Secretario, quien puede o no ser uno de sus propios miembros, y tiene las facultades establecidas en artículo 79 del Reglamento.

Las sesiones de la Comisión son privadas, pero el órgano puede disponer, que tenga acceso a ella el público en general. La Comisión se reúne ordinariamente al menos una vez por quincena, sin que sea necesaria una convocatoria especial. El quórum esta constituido por cuatro miembros propietarios y las resoluciones deben dictarse con el voto de por lo menos tres de ellos. (Artículo 22, 81 y 83 del Reglamento)

Para reunirse en sesión extraordinaria es siempre necesaria una convocatoria por escrito, con una antelación mínima de veinticuatro horas, y, acompañado del orden del día, salvo los caso de urgencia. No obstante, queda validamente constituida la Comisión, sin cumplir todos los requisitos referentes a la convocatoria o el orden del día, cuando asistan todos sus miembros y así lo acuerden por unanimidad. (Artículo 81 del Reglamento)

La Comisión cuenta con una Unidad Técnica de Apoyo formada por profesionales en las materias afines, en la materias que se regulan en la Ley. Este órgano trabaja a tiempo completo en la materia de competencia, debiendo realizar todos los estudios e investigaciones sobre asuntos que compete resolver a la Comisión. El Jefe y el Asesor Legal de la Unidad Técnica tienen derecho a asistir a las sesiones de la Comisión con voz pero sin voto. (Artículo 23 y 83 del Reglamento).

La Ley prevé la posibilidad de que la Comisión contrate asesores y consultores para el efectivo cumplimiento de sus funciones (Artículo 23 del Reglamento).

9.2/9.3 *Funciones y Facultades o Atribuciones*

En la Ley se establecen tres campos de acción para la Comisión para Promover la Competencia :

Desregulación Económica

Recomendación para Fijación de Precios

Promoción de la Competencia

Desregulación Económica

El Artículo 3 de la Ley establece la obligación de la Comisión de velar permanentemente porque los trámites y requisitos de regulación al comercio cumplan con las exigencias de la ley, que sean insustituibles y consustanciales para concretar el acto, y que se fundamenten en razones de salud, seguridad pública, medio ambiente y estándares de calidad, mediante su revisión ex post; porque el principio de celeridad se cumpla y porque los requisitos y trámites que se mantengan no se conviertan en obstáculos al comercio.

De acuerdo con el artículo 4 y 24 inciso a) de la Ley, la Comisión goza de plenas facultades, para verificar el cumplimiento de la obligación de los entes y órganos de la Administración Pública de realizar un análisis costo-beneficio de la regulaciones a las actividades económicas que tengan efectos sobre el comercio, los procedimientos y los trámites establecidos para permitir el acceso al mercado de los bienes y servicios. Lo anterior con el objeto de que sean eliminados todos los procedimientos y trámites innecesarios, de acuerdo con el estudio, o bien, que se racionalicen los que deban mantenerse. Cabe aclarar que es la Comisión la que debe definir los criterios en los cuales deben basarse los análisis costo-beneficio.

También puede la Comisión recomendar al Poder Ejecutivo la modificación, simplificación o eliminación de cualquier trámite o requisito para inscribir o registrar productos farmacéuticos, medicinales, alimenticios, agroquímicos y veterinarios, laboratorios y establecimientos donde se pueda producir o comercializar esos productos, o bien, su sustitución por otros más eficaces que promuevan la libre competencia y protejan la salud humana, animal y vegetal, medio ambiente, seguridad y estándares de calidad. (Artículo 4 de la Ley).

Y por último, dispensar la participación de profesionales y técnicos, total o parcialmente, en los trámites o los procedimientos para el acceso al mercado nacional, de bienes producidos en el país o en el exterior, así como en otras regulaciones al comercio, cuando la considere innecesaria. (Artículo 7 de la Ley).

Fijación de precios

La Administración Pública puede regular los precios de bienes y servicios, sólo en situaciones de excepción, y en forma temporal. Corresponde a la Comisión dar su opinión al Poder Ejecutivo acerca de la conveniencia de la medida de fijación de precios en condiciones anormales de mercado, o en condiciones monopolísticas u oligopolísticas de bienes y servicios. (Artículo 5 de la Ley y 12 del Reglamento)

El dictamen de la Comisión tendrá por objeto exclusivo señalar si existen o no las circunstancias que justifican el establecimiento o eliminación de la medida regulatoria. (Artículo 17 del Reglamento)

Promoción de la Competencia

Existe una obligación general para la comisión de conocer, de oficio o por denuncia, y sancionar, cuando proceda, todas las prácticas que constituyan impedimentos o dificultades para la libre competencia y entorpezcan innecesariamente la fluidez del mercado. (Artículo 18 de la Ley)

El artículo 1 I de la Ley le asigna la función de ejercer de oficio o a instancia de parte, el control y la revisión de los mercados de los productos cuyos suplidores sean pocos.

Por otra parte, el artículo 24 de la Ley le da las siguientes potestades en materia de competencia:

- a. Investigar la existencia de monopolios, carteles, prácticas o concentraciones prohibidas en la Ley y sancionar cuando proceda. Para cumplir con esta función la Ley faculta a la Comisión a requerir a los particulares y los demás agentes económicos, públicos y privados, la información o los documentos relevantes.
- b. Sancionar los actos de restricción de la oferta de productos, cuando lesionen, en forma refleja, la libre competencia en el mercado.
- c. Establecer los mecanismos de coordinación para sancionar y prevenir monopolios, carteles, concentraciones y prácticas ilícitas.
- d. Emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y los demás actos administrativos, sin que tales criterios tengan ningún efecto jurídico.

Los artículos 64 de la Ley y 33 del Reglamento establecen una obligación general para los comerciantes de entregar a la Comisión, con carácter de declaración jurada, los informes y documentos que la misma requiera para garantizar el ejercicio de sus funciones. Asimismo, se obliga a todos los órganos y entes de la Administración Pública a suministrar la información que les solicite la Comisión para el ejercicio de sus funciones.

En materia de competencia desleal, los artículos 17 y 24 de la Ley excluyen a la Comisión para Promover la Competencia del conocimiento de estos asuntos, asignando para ello la vía judicial, mediante el procedimiento sumario, conocimiento.

10. Procedimientos (administrativos judiciales)

Procedimiento Administrativo

El artículo 18 de la Ley establece que la instancia administrativa ante la Comisión para Promover la Competencia es obligatoria y de previo agotamiento de la vía para acudir a la vía judicial, excepto en el caso de actos de competencia desleal.

La acción para iniciar el procedimiento con el fin de perseguir las infracciones caduca en el plazo de seis meses, que se debe contar desde que se produjo la falta o desde su conocimiento efectivo por parte del agraviado. Sin embargo, para los hechos continuados, comienza a correr a partir del acaecimiento del último hecho (artículo 27 de la Ley)

Con fundamento en los artículos 30 34, 35, 38 y 39 del Reglamento, el procedimiento que se sigue es el siguiente:

Recibida una denuncia, o incluso de oficio, la Unidad Técnica de Apoyo realiza una investigación preliminar de los hechos, con el objeto de determinar si existen indicios fundados y suficientes, que justifiquen la apertura de un procedimiento administrativo, por la comisión de alguna de las prácticas prohibidas en la Ley. Finalizada la investigación, la Unidad presenta un informe a la Comisión junto con una recomendación. El informe debe incluir un análisis de aspectos tales como la legitimación del denunciante, la observancia de los requisitos mínimos previstos en la Ley General de Administración Pública y los elementos probatorios existentes. (Artículo 34 del Reglamento)

Si del análisis inicial resultare, a criterio de la Comisión que no se está ante ninguna de las situaciones señaladas o no existen indicios suficientes de la existencia de las mismas, se rechaza la denuncia y se archiva el expediente. Caso contrario, la Comisión dicta un acuerdo donde ordena la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio, con base en el resultado de la investigación y nombra órgano director del mismo a la Unidad Técnica de Apoyo. (Artículo 35 del Reglamento)

El procedimiento aplicable es el procedimiento administrativo ordinario establecido en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública, que se basa en los principios del debido proceso, el informalismo, la

verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad. El procedimiento ordinario se tramita mediante una comparecencia oral y privada ante el órgano director, en la cual se admite y recibe toda la prueba y alegatos de las partes que fueran pertinentes. (Artículo 25 de la Ley)

Terminada la comparecencia, la Comisión debe dictar el acto final dentro del plazo de quince días, contado a partir de la fecha de la comparecencia, salvo que el órgano director quiera introducir nuevos hechos, completar la prueba, o cuando le haya sido imposible en la primera comparecencia dejar listo el expediente para su decisión final. De ser así, la Unidad debe consultar a la Comisión, quien debe decidir en 48 horas, si lo aprueba, para que fije un plazo máximo de 15 días para una segunda comparecencia. No pueden realizarse más de dos comparecencias.

El procedimiento administrativo debe concluirse, por el acto final de la Comisión, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o, en su caso, posteriores a la presentación de la denuncia o petición del administrado. Cabe aclarar que el denunciante participa como coadyuvante de la Administración en el procedimiento y no como parte propiamente dicha. (Artículo 38 del Reglamento)

Contra la resolución final de la Comisión, cabe el recurso de reconsideración o reposición, conforme al artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las resoluciones dictadas por la Comisión se ejecutarán desde que se notifiquen, excepto que contra ellas proceda la suspensión de sus efectos, porque pueda causar perjuicios graves o de difícil reparación según lo establece el artículo 148 de la Ley General de la Administración Pública.

Procedimiento Judicial

Agotada la vía administrativa, las resoluciones finales podrán impugnarse directamente por ilegalidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante un procedimiento contencioso administrativo abreviado. El artículo 62 de la Ley establece que el siguiente procedimiento :

- a. El Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Segunda, será el competente para conocer de esa impugnación.
- b. El plazo para interponer la acción será de un mes, contado a partir de la notificación del acto final.
- c. El escrito de interposición deberá acompañarse con una copia certificada de la resolución final que se impugna.
- d. El expediente administrativo deberá remitirse en el plazo único de cinco días, so pena de apercibimiento de apremio corporal.
- e. Los plazos de formalización de la demanda y la contestación serán de diez días.
- f. Las defensas previas deberán invocarse en el escrito de la contestación de la demanda.
- g. El plazo para evacuar la prueba, que habrá de ofrecerse en los escritos de demanda y contestación, será de diez días.
- h. Contra las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, cabrá recurso de segunda instancia ante la Sección Tercera de Tribunal Superior Contencioso Administrativo.

En materia de ejecución de sentencias, el artículo 63 de la Ley establece que se observarán las siguientes reglas :

- a. Si en la sentencia judicial se condena al Estado al pago de daños y perjuicio, la ejecución respectiva deberá realizarse conforme a los artículos 76 y siguientes de la Ley Reguladora.
- b. Si de la sentencia judicial se deriva la obligación del pago por concepto de daños y perjuicios, cuya satisfacción deba ser realizada por particulares, se ejecutará de conformidad con el Código Procesal Civil y, en particular, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 692 y siguientes de este cuerpo normativo.

11. Sistemas de sanciones administrativas y/o judiciales

Sanciones Administrativas

El artículo 25 de la Ley de Promoción de la Competencia faculta a la Comisión para imponer, mediante resolución fundada y tomando en cuenta la capacidad de pago del agente económico infractor de las disposiciones contenidas en el capítulo III de la Ley, sanciones tanto de tipo pecuniario como correctivo:

- a. La suspensión, la corrección o la supresión de la práctica o concentración de que se trate.
- b. La desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.
- c. El pago de una multa, hasta por 65 veces el monto del menor salario mínimo mensual por haber declarado falsamente o haberle entregado información falsa a la Comisión, con independencia de otras responsabilidades en que incurra.
- d. El pago de una multa, hasta por 50 veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información solicitada por la Comisión.
- e. El pago de una multa, hasta por 680 veces el monto del menor salario mínimo mensual por haber incurrido en una práctica monopolística absoluta.
- f. El pago de una multa, hasta por 410 veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística relativa.
- g. El pago de una multa hasta por 75 veces el monto del menor salario mínimo mensual a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas.

Cuando las infracciones mencionadas en los tres últimos puntos revistan gravedad particular, la Comisión puede imponer como sanción una multa equivalente al 10 % de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por 10 % del valor de los activos del infractor. De estas dos multas se impondrá la que resulte más alta.

Para imponer las sanciones deben respetarse los principios del debido proceso, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad.

Para la imposición de las multas, la Comisión debe tomar en cuenta como criterios de valoración los siguientes:

- a. la gravedad de la infracción
- b. la amenaza o el daño causado
- c. los indicios de intencionalidad
- d. la participación del infractor en el mercado
- e. el tamaño del mercado afectado
- f. a duración de la práctica o concentración
- g. la reincidencia del infractor
- h. la capacidad de pago del infractor

Si el infractor se ruega a pagar la multa establecida por la Comisión, se certificará el adeudo, el cual constituye título ejecutivo, a fin de que con base en él, se plantee el proceso de ejecución en vía judicial, en los términos que dispone el Código Procesal Civil. (Artículo 25)

De acuerdo con el artículo segundo de la Ley el menor salario mínimo mensual es la remuneración que establece como tal el Poder Ejecutivo, mediante decreto, por recomendación del Consejo Nacional de Salarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de la autoridad competente.

Por otra parte, el artículo 64 de la Ley de Promoción de la Competencia establece que la negativa de entrega, la falsedad o la inclusión de datos inexactos o incompletos en los documentos requeridos a los agentes económicos, debe ser sancionada como falta grave por la Comisión. Cuando la falta se cometa en virtud de la solicitud formulada por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, este remitirá esos documentos a la Comisión, para que ésta realice las acciones correspondientes, en caso que se trate de materia relacionada con el ámbito de acción de la Comisión, es decir por información solicitada por la supuesta comisión de alguna de las conductas establecidas en el capítulo III de la Ley. En este caso, servirá como denuncia la certificación formal que expida la dependencia respectiva.

Ahora bien, aunque la Ley no tipifica conducta alguna como falta grave, en la práctica se aplican los incisos c) y d) del artículo 25 de la Ley. El procedimiento que debe seguir la Comisión es el que se establece en el artículo 64 del Reglamento. Este artículo señala que estos casos se tramitarán mediante el procedimiento administrativo sumario que establece la LGAP, teniéndose el expediente por instruido mediante la mencionada certificación y procediendo directamente a brindar la audiencia del artículo 324 de la LGAP. En el caso de que la Comisión

tenga por comprobada la infracción, en el acto final deberá ordenar al infractor que cumpla con lo originalmente requerido, dentro del plazo que al efecto se señalará y que no será menor de ocho días, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se aplicará lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley.

Sanciones Penales

De acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Promoción de la Competencia, las resoluciones o las órdenes de la Comisión en el ámbito de sus funciones que no sean observadas ni cumplidas dentro de los plazos correspondientes establecidos por ésta, constituyen la comisión del delito previsto en el artículo 305 del Código Penal, que establece lo siguiente:

Desobediencia

Artículo 305.-Se impondrá prisión de quince días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención.

En tales casos, la Comisión debe proceder a testimoniar piezas, con el propósito de sustentar la denuncia ante el Ministerio Público para los fines correspondientes.

12. Recursos o apelaciones

De conformidad con la Ley General de la Administración Pública, (específicamente los artículos 342 a 355), que rige supletoriamente para lo impuesto en la Ley de Promoción de la Competencia, dentro del procedimiento administrativo ordinario cabrán los recursos ordinarios sólo contra el acto que lo inicie, contra el que deniega la comparecencia oral o cualquier prueba y contra el acto final.

Según se establece en la Ley General los recursos ordinarios son el de revocatoria o reposición y el de apelación, mientras que será extraordinario el recurso de revisión.

En la práctica, al ser la Comisión el órgano que ordena la apertura del procedimiento, sólo cabe interponer recurso de revocatoria contra la resolución que ordena la apertura del procedimiento. Dentro del procedimiento, los actos del órgano director que deniegan la comparecencia oral o las pruebas tienen ambos recursos, revocatoria ante el órgano director y apelación ante la Comisión, quien es el superior jerárquico del primero.

El artículo 61 de la Ley dispone que contra las resoluciones finales emanadas de la Comisión, cabe el recurso de reconsideración o reposición, conforme al artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Así, tanto el acto final del procedimiento administrativo, como aquellos acuerdos de la Comisión que rechacen la apertura del procedimiento, son recurribles por vía del recurso de reposición, ya que en ambos casos se estaría agotando la vía administrativa.

La Ley General prevé la interposición del recurso de revisión contra los actos finales firmes en los que concurren alguna de las situaciones contempladas en el artículo 353 de esta Ley.

En el procedimiento contencioso administrativo abreviado, cabrá recurso de segunda instancia ante la Sección Tercera del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, contra las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, órgano competente para conocer de las impugnaciones que tengan por objeto cualquier acto emanado de la Comisión (artículo 62 de la Ley).

EL "CONSENSO INTERNACIONAL" SOBRE EL ANALISIS DE DEPREDACION DE PRECIOS

Por Gunnar Niels¹

INTRODUCCION

La depredación de precios ha sido una de las conductas comerciales más debatidas en la teoría y práctica de la política de competencia. Intuitivamente, la fijación de un precio bajo no es anticompetitiva, ya que se supone que el propio proceso competitivo resulta en precios bajos. Es decir, cuando una empresa fija un precio bajo para ganarle mercado a un competidor, esto generalmente se puede tomar como indicio de que existe una competencia sana en el mercado.

No obstante lo anterior, a través del tiempo se ha manifestado la idea de que un precio bajo puede ser "desleal" en determinadas circunstancias. Antes de la década de los setenta, un precio bajo generalmente se consideraba "desleal" cuando la misma empresa fijaba precios mayores para el mismo producto en otros mercados (una concepción aún presente en la política antidumping). Después, se llegó a la conclusión que el criterio anterior tiende a proteger a competidores individuales y no al proceso de competencia. Por lo tanto, se determinó que para considerarse desleal un precio debería estar por debajo de (alguna medida de) costo. En esta visión, la depredación de precios consiste en que una empresa fija precios por debajo de costo para desplazar a sus competidores y recuperar sus pérdidas mediante futuros precios monopólicos.

Posteriormente se han desarrollado diversas teorías y jurisprudencias, muchas veces encontradas, acerca de la racionalidad, factibilidad y frecuencia de la depredación de precios. La tarea de las autoridades de competencia es desarrollar criterios para separar la escasa práctica depredatoria de las muchas quejas en las que los precios bajos reflejan una competencia ardua pero sana. En el presente artículo se describe de qué manera las ideas sobre depredación han evaluado en el tiempo, tanto en teoría como en la práctica, y cómo en los últimos años se ha llegado a lo que se podría considerar un "consenso internacional" sobre el análisis apropiado de casos de depredación de precios.

En la primera parte se examina la teoría económica. Básicamente hay dos escuelas con distintos puntos de vista, a saber, la Escuela de Chicago según la cual la depredación no es racional, y la Escuela Post-Chicago que demuestra que dicha práctica sí podría presentarse. La segunda parte describe cómo el "consenso internacional" se refleja en las experiencias de la OCDE, Canadá y Estados Unidos. Las conclusiones se presentan al final.

1. LA DEPREDACION EN LA TEORIA ECONOMICA

1.1 La no racionalidad de la depredación: la Escuela de Chicago

La racionalidad económica de la depredación es discutida por dos corrientes de pensamiento económico.² En primer lugar, la Escuela de Chicago hace énfasis en que la depredación de precios es irracional porque: (i) es demasiado costosa; (ii) su éxito, en términos de desplazar a los competidores del mercado, no es seguro; y (iii) el depredador difícilmente puede recuperar las pérdidas. Por otro lado, los economistas de la escuela conocida como Post-Chicago demuestran que la recuperación de pérdidas puede ocurrir rápida y lucrativamente en situaciones en las que el depredador opera en varios mercados y existe información imperfecta. En estas situaciones la depredación puede ser racional. Los principales argumentos de ambas escuelas se presentan a continuación.

Las objeciones de la Escuela de Chicago acerca de la racionalidad de la depredación, en particular las enunciadas por McGee y Easterbrook, se refieren en primera instancia a que la depredación es demasiado costosa y su éxito no está garantizado, además de que existen alternativas menos costosas para excluir a los

¹ El autor trabaja en la Dirección General de Estudios Económicos de la Comisión Federal de Competencia, México. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan los puntos de vista de la Comisión Federal de Competencia.

² Véase Jonathan B. Baker, 1994, "Predatory pricing after Brooke Group: an economic perspective", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, Pag. 585-603

competidores.¹² En esta visión, la depredación es más costosa para el depredador que para la víctima, debido a que el primero tiene una mayor participación de mercado. Además, el costo financiero para el depredador aumenta en la medida en que crece su participación de mercado.

El éxito de una estrategia depredatoria no está garantizado porque la víctima tiene opciones para defenderse, tal como la obtención de recursos para financiar las pérdidas a través del mercado de capital, si éste funciona de forma perfecta. El mercado de capital tendría incentivos para otorgar préstamos a una empresa depredada, ya que sabe que con ese apoyo el depredador finalmente tendrá que abandonar la práctica y optar por convivir con su rival. Por otro lado, la víctima podría firmar contratos de largo plazo con sus clientes. Si los agentes económicos son racionales, un cliente estaría dispuesto a comprometerse con la víctima a fin de evitar futuros precios monopólicos por parte del depredador. Además, McGee argumenta que existen mejores estrategias para monopolizar un mercado, particularmente la adquisición de un rival, que sería menos costosa que la depredación. Obviamente, tal adquisición muchas veces estará prohibida por las leyes de competencia.

Un segundo conjunto de objeciones se refiere a la dificultad para diferenciar la depredación de acciones procompetitivas y legítimas. Una fuerte reducción de precios no necesariamente es una conducta depredatoria. Por ejemplo, las empresas pueden otorgar descuentos o promociones temporales para fomentar la demanda de productos, particularmente cuando se trata de productos nuevos. También es común la reducción de precios en mercados en los que se haya contraído (temporalmente) la demanda y se cuente con excesos de capacidad. Ante esta dificultad, una intervención por parte de las autoridades podría desincentivar la sana competencia de precios entre empresas.

Posteriormente, los economistas de Chicago centraron sus objeciones en la recuperación de las pérdidas incurridas durante la depredación. Este concepto de *recoupment* también llegó a ser el criterio principal de las cortes estadounidenses para evaluar prácticas depredatorias, como se describirá en la sección 4. Se argumenta que la depredación es irracional porque la recuperación de pérdidas es prácticamente imposible.

Las siguientes factores determinan si la recuperación es posible o no:¹³

- (i) la duración del periodo de depredación;
- (ii) la medida en que los precios del depredador tienen que estar por debajo del costo;
- (iii) las participaciones de mercado del depredador y la víctima;
- (iv) la elasticidad de la demanda;
- (v) la posibilidad del depredador para expandir su capacidad productiva; y
- (vi) las condiciones de entrada y salida en el mercado relevante.

Los primeros tres factores determinan directamente las pérdidas del depredador. Esas pérdidas serán más grandes mientras más largo sea el periodo de depredación y mayor sea la diferencia negativa entre precios y costos. Para que el periodo de depredación sea corto, el depredador necesita tener una alta participación de mercado (el tercer factor). Por otra parte, una alta participación implica que las pérdidas del depredador son mayores que para la víctima. A medida que el depredador va ganando participación frente a la víctima, y que la demanda total se incrementa debido a una alta elasticidad-precio (el cuarto factor), sus costos aumentan aun más. Otro problema es que el depredador debe disponer de capacidad para absorber la demanda extra (el quinto factor).

Los factores anteriores determinan el costo de la depredación. De crucial importancia para la recuperación de ese monto son las condiciones de entrada y salida (el sexto factor). El objetivo del depredador es obtener una posición monopólica, pero si no hay importantes barreras a la entrada nunca podrá mantener tal posición, aun cuando lograra desplazar a sus actuales competidores. En un escenario ideal para la depredación existe una asimetría entre condiciones de salida y entrada. La salida tiene que ser fácil para que la víctima abandone el mercado rápidamente, mientras que la entrada debe ser costosa para que no haya nuevos competidores. En este escenario la depredación es rápida y la recuperación prolongada. Sin embargo, muchas veces las condiciones de entrada y salida son similares (por ejemplo, los costos hundidos son tanto una barrera a la entrada como a la salida). Entonces, si hay importantes barreras a la entrada (una condición necesaria para la depredación),

¹² Véase OECD, 1989, *Predatory Pricing*, Paris; y Baker, *op. cit.* 2.

¹³ Véase Kenneth G. Elzinga y David E. Mills, 1994, "Trumping the Areeda-Turner test: the recoupment standard in Brooke Group", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, Pag. 559-603.

también habrá importantes barreras a la salida, por lo que el depredador deberá tener paciencia y aceptar pérdidas prolongadas antes de lograr desplazar al rival.

1.2 La racionalidad de la depredación: la Escuela Post-Chicago

Una de las principales críticas a la Escuela de Chicago es que los argumentos de ésta son esencialmente estáticos, no obstante que son usados para hacer inferencias acerca de relaciones dinámicas.¹⁴ La corriente Post-Chicago acepta que cuando una empresa dominante opera en un solo mercado, la depredación no sería una conducta racional porque no se podrían recuperar las pérdidas. Sin embargo, cuando una empresa opera en mercados múltiples y hay información imperfecta, entonces las pérdidas de depredación en un mercado se pueden recuperar en otros mercados.

La Escuela Post-Chicago muestra modelos de teoría de juegos, en los que una empresa incumbente que opera en mercados múltiples tiene dos estrategias (*depredar* o *convivir*), y se enfrenta a empresas entrantes en cada mercado, que también tienen dos estrategias (*entrar* o *no entrar* al mercado). Se asume que la entrada en cada mercado se realiza de manera secuencial. El depredador puede recuperar sus pérdidas por medio de beneficios obtenidos en todos los mercados, y no sólo en el mercado donde depreda. La depredación en uno o más mercados puede crear la reputación de ser un competidor agresivo, con objeto de desanimar la entrada en otros mercados. Por otra parte, la incertidumbre de las entrantes acerca de si la depredación es viable o no puede detener la entrada.¹⁵

A continuación se describen los resultados de cuatro modelos en los que se analiza el comportamiento dinámico de una empresa depredadora y el efecto de la información imperfecta.¹⁶

El modelo de la cadena de tiendas de Selten (1978) es esencial para analizar el efecto de la información perfecta, que implica que los agentes económicos conocen los beneficios de las estrategias de sus competidores. Si la depredación no es una conducta viable para la incumbente (una cadena de tiendas) y las entrantes tuvieran conocimiento de ello, entonces la entrada al mercado ocurriría. Se supone que la depredación es costosa tanto para la incumbente como para la entrante, de manera que los beneficios de las estrategias *depredar* y *entrar* son negativos y los beneficios de *convivir* y *entrar* positivos. Debido a que la entrada en cada mercado es secuencial, la incumbente podría depredar en un mercado para crear una reputación de empresa agresiva en los restantes.

No obstante que existe esa posibilidad de crear una reputación, el equilibrio del modelo muestra que la depredación no es racional. Para llegar a esta conclusión, primero se analiza la solución óptima en el último mercado (N), y posteriormente en el mercado N-1, mercado N-2, etc., hasta el primer mercado. En el mercado N, la depredación no se realiza porque no hay necesidad de detener una entrada posterior (ya no hay mercados posteriores) y *convivir* tiene un beneficio positivo para la incumbente (*depredar* implicaría beneficios negativos). Debido a que en el mercado N la incumbente no va a depredar, no tiene la necesidad de crear una reputación para ese mercado N mediante una depredación en el mercado anterior (N-1). La entrante del mercado N-1 sabe esto (bajo información perfecta), y opta por *entrar*. En el mercado N-2 pasa lo mismo: la entrante decide entrar porque la incumbente no depredará, puesto que ya no puede crear una reputación para el mercado N-1, porque allí también la entrante decide entrar. Razonando así, tampoco habrá depredación en el primer mercado. Como los agentes tienen información completa, la depredación no es una amenaza creíble. El equilibrio en cada etapa es *entrar* para la entrante y *convivir* para la incumbente.

Este resultado va en contra de la intuición, que señalaría que si se depreda en un mercado la entrada en los subsecuentes mercados se detiene. Por ello, el modelo de Selten se conoce como la "paradoja de la cadena de tiendas". Este modelo fue el punto de partida para elaborar otros modelos que suponen información imperfecta.¹⁷

¹⁴ Stephen Martin, 1993, *Advanced industrial economics*, Cambridge (Blackwell), Pag. 74.

¹⁵ Los modelos tienen las siguientes características. Una incumbente opera en mercados múltiples (N en total) y enfrenta a una entrante potencial por cada mercado. La incumbente tiene como estrategias *depredar* o *convivir*, las entrantes *entrar* o *permanecer fuera* del mercado. La dinámica del juego se representa por la entrada secuencial en cada mercado. En el primer mercado, la entrante debe optar por entrar o no al mercado y la incumbente por depredar o convivir si la entrada ocurre. En el segundo mercado, la segunda entrante observa el equilibrio del primer mercado para escoger su estrategia, etc. El equilibrio del juego secuencial lo constituyen las estrategias óptimas de cada empresa en cada etapa. Por ejemplo, si en alguno de los mercados las estrategias óptimas son *entrar* para la entrante y *convivir* para la incumbente, significa que los beneficios de dichas estrategias son mayores que los de estrategias alternativas. En el caso de la incumbente, los beneficios se obtienen del valor descontado de sus beneficios en cada uno de los N mercados en que opera.

¹⁶ Para una amplia descripción de esos modelos véase OECD, *op. cit.* 3, Pag. 9-15; Martin, *op. cit.* 5, Pag. 74-97; y Louis Philips, 1988, *The economics of imperfect information*, Cambridge University Press.

El modelo de Milgrom y Roberts (1982), con información imperfecta, resuelve la paradoja de Selten y obtiene que la depredación es un equilibrio de mercado. El modelo considera que tanto la incumbente como las entrantes desconocen los beneficios que obtendría la contraparte con cada una de sus estrategias. Además, las entrantes tienen incertidumbre acerca de si la incumbente siempre peleará la entrada (como depredador fanático), si nunca depredará, o si tomará sus decisiones en mercado por mercado, de acuerdo a los beneficios. Ahora, si la depredación no ocurre en los periodos iniciales, las entrantes en los periodos subsecuentes sabrán que la incumbente no es un depredador fanático, y la entrada ocurrirá tal como en el modelo de Selten. Entonces, para la incumbente la estrategia óptima es depredar en los periodos iniciales para crear la reputación de empresa agresiva y detener la entrada en los siguientes mercados.

En una variación del modelo anterior, Philips (1989) demuestra que la entrada se puede detener mediante la *amenaza* de depredación. El modelo considera la situación en la que las entrantes no distinguen si una disminución de precios se debe a una reducción de costos, a una reducción de la demanda o bien a que la incumbente depreda. Sólo la entrante del primer periodo puede distinguir los estados de mercado, pero las entrantes en los siguientes mercados no los distinguen. Philips demuestra que el beneficio esperado de la incumbente es mayor cuando depreda a la primera entrante, sea cual fuere el estado del mercado. La primera entrante sabe que la depredación es una estrategia viable y no entra al mercado. En este caso la amenaza de depredación es un equilibrio y detiene la entrada en el primer periodo, aunque la depredación realmente no ha ocurrido.

Kreps y Wilson (1982) demuestran que la depredación ocurre aun cuando es costosa, debido a que se obtienen beneficios en otros mercados. Hay dos posibles estados: (i) una incumbente débil que obtendría mayores beneficios por medio de *convivir*; y (ii) una incumbente fuerte cuyos beneficios por *depredar* son mayores que los de *convivir*. Un rasgo importante del modelo es que las entrantes forman conjeturas acerca de si la incumbente es débil o fuerte, y asignan una probabilidad a estas situaciones. Para una incumbente débil la estrategia de *depredar* en los periodos iniciales es un equilibrio si logra convencer a las entrantes posteriores de que es fuerte.

De los modelos descritos arriba se podrían cuestionar los supuestos de entrada secuencial y de entrada a un sólo mercado. Por ejemplo, se podría pensar en situaciones en que la entrada ocurre simultáneamente en varios mercados, o en que también las entrantes son empresas multimercados. No obstante, el aspecto relevante de esos modelos es que demuestran que la depredación puede ser racional en circunstancias particulares.

Otro tipo de argumentos basados en información imperfecta se refieren a que las incumbentes tienen facilidades para obtener préstamos en los mercados de capital debido a que son empresas establecidas con reputación. Contrariamente a lo que supone la Escuela de Chicago, las entrantes no necesariamente cuentan con tal acceso a recursos para financiar su defensa contra la depredación. Asimismo, tendrán aún menos acceso a financiamiento cuando estén incurriendo en pérdidas, precisamente originadas por la depredación. Bajo información imperfecta, los inversionistas no saben si esas pérdidas se deben a la práctica depredatoria o a ineficiencias.

1.3 Condiciones teóricas para una práctica depredatoria exitosa

La falta de información señalada por los economistas Post-Chicago les permite afirmar que la depredación de precios podría ser racional, conclusión contraria a la de la Escuela de Chicago, que enfatiza la irracionalidad de dicha práctica. De ambas visiones se puede derivar una serie de condiciones suficientes y necesarias que deben cumplirse para que una depredación pueda ser una práctica racional.

De la Escuela de Chicago destaca la condición suficiente de *recoupment*. Si la recuperación de las pérdidas de una práctica depredatoria es posible la depredación es racional. Evidentemente, los economistas de Chicago son escépticos ante esta posibilidad. Algunas condiciones necesarias para la recuperación son: (i) el depredador tiene poder de mercado (para que la depredación sea rápida y eficaz); (ii) hay barreras a la entrada (para que posteriormente pueda fijar precios monopólicos); y (iii) la reducción de precios se realiza para destruir a las empresas rivales (para distinguir la depredación de otras razones legítimas para disminuir precios).

¹⁷ Contrariamente al modelo de Selten, bajo información *imperfecta* no se sigue la lógica de la inducción hacia atrás. Si hay información imperfecta los resultados de los últimos periodos dependen de lo ocurrido en los primeros periodos.

La Escuela Post-Chicago sugiere que la depredación sólo es posible cuando se cumplan de manera simultánea las siguientes condiciones necesarias:¹⁸

- (i) El depredador es una empresa multimercado o multiproducto;
- (ii) La práctica depredatoria se realiza una vez que la entrada ha ocurrido en alguno de dichos mercados;
- (iii) El precio del depredador está por debajo de su precio óptimo en el mercado en cuestión (es decir, si en un mercado hay entrada entonces la incumbente obtendría un máximo beneficio *en ese mercado* a través de *convivir* fijando un precio mayor; sin embargo, opta por *depredar*).
- (iv) La reducción de precios hace negativo el valor de entrada al mercado en que la depredación ocurre;
- (v) La empresa depredada no está segura de que la reducción de precios se deba a la depredación, por lo que puede interpretar dicha reducción como un resultado de competencia.

Se puede decir que las conclusiones de la escuela de Chicago y Post-Chicago se contradicen sólo en parte. En general, se acepta que la depredación es poco probable cuando una empresa opera en un solo mercado. Por ello, la discusión se reduce a situaciones en que el supuesto depredador opera en mercados múltiples. En esta discusión, sólo es una cuestión de grado la distancia entre la opinión que sostiene la improbable ocurrencia de la práctica y la que prevé alguna probabilidad teórica de ocurrencia. No obstante, lo que realmente importa para las autoridades de competencia es cómo evaluar casos de depredación de precios en la práctica, más no la discusión sobre si tal conducta es posible o no en teoría. La forma de evaluar la depredación se analiza en la siguiente sección.

2. EL "CONSENSO INTERNACIONAL" SOBRE LA EVALUACION DE DEPREDACION

Es preciso señalar que en las diversas legislaciones y jurisprudencias de competencia en el mundo los casos de depredación de precios se han evaluado bajo una gran variedad de diferentes criterios. Esto se debe, en primer lugar, a que con el paso del tiempo la concepción de qué es la depredación se ha modificado en múltiples ocasiones, tanto en la teoría (tal como señalamos en la sección anterior) como en la práctica. En segundo lugar, hay grandes diferencias entre países en cuanto a los objetivos y el alcance de sus respectivas leyes de competencia, mismas que se ven reflejadas en el trato de las prácticas depredatorias.

Sin embargo, a partir de la década pasada se ha llegado a formar una especie de "consenso" a nivel internacional, por incompleto que sea, acerca de cuál es la metodología más adecuada en el análisis de depredación de precios.

Este consenso se observa principalmente en las siguientes tres fuentes:

- 1) La publicación "Predatory Pricing" de la OCDE (1989) describe las diversas teorías de depredación y evalúa la jurisprudencia de los países miembros en casos de depredación.¹⁹ Al final de la publicación la OCDE promueve una metodología para la evaluación de depredación que se basa en la "regla de dos etapas" de Joskow y Klevorick.²⁰ Según esta regla se deben analizar primero los elementos de estructura de mercado, antes de proceder a la comparación de precios y costos.
- 2) Los *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* de Canadá (1992) adoptan explícitamente una regla de dos etapas para el análisis de casos de depredación, similar a la de Joskow y Klevorick.²¹

¹⁸ Philips, *op. cit.* 7, Pág. 217.

¹⁹ OECD, *op. cit.* 3.

²⁰ Paul Joskow y Alvin Klevorick, 1979, "A framework for analyzing predatory pricing policy", *Yale Law Journal*, 89-213.

²¹ Director of Investigation and Research, 1992, *Predatory Pricing Enforcement Guidelines. Competition Act. Canada*, Quebec.

- 3) La jurisprudencia de Estados Unidos, a lo largo de varias decisiones claves entre 1967 y 1993, ha establecido ciertos criterios relativamente uniformes para la evaluación de prácticas depredatorias.²² Estos criterios son muy parecidos a los de la regla de dos etapas, en el sentido de que las cortes ahora generalmente se enfocan primero en la estructura de mercado y sólo posteriormente, en caso de ser necesario, en el análisis precio-costo.

2.1 La metodología recomendada por la OCDE (1989)

Los estudios de la OCDE requieren de la luz verde de las delegaciones de cada uno de los países miembros antes de su publicación. Por lo tanto, las conclusiones y recomendaciones que se expresan en las diversas publicaciones de la OCDE reflejan cierto consenso entre los miembros, o por lo menos se puede decir que ninguno de los miembros está en desacuerdo con las mismas.

En las conclusiones del documento sobre depredación de precios la OCDE menciona que, de acuerdo con la teoría, la depredación podría existir en principio pero muy infrecuentemente. En cambio, las denuncias de prácticas depredatorias se presentan regularmente, a pesar de que en la mayoría de los casos se trata solamente de una sana competencia de precios. Por ello, las autoridades de competencia necesitan algún método para discernir de manera sistemática entre la escasa práctica efectivamente desleal y las numerosas denuncias presentadas.

Según la OCDE, para ese fin un método prometedor sería la regla de dos etapas, basada en Joskow y Klevorick, bajo la cual primero se analiza el mercado relevante y se determina si éste se presta a la depredación. Esta primera etapa se centra en la definición del mercado relevante, el poder del presunto depredador y, muy importante, las barreras a la entrada. En caso de que la estructura del mercado y las condiciones de entrada dificultaran que el presunto depredador ejerciera poder de mercado en el periodo posterior a la depredación, la investigación debería darse por terminada, aun cuando hubiera daño para algunos competidores durante el periodo de los precios bajos.

Aquellos casos que pasen este filtro proceden a la segunda etapa que comprende un análisis extenso de la práctica, específicamente, de la relación precio-costo. Durante el análisis no debe aplicarse un límite único por debajo del cual el precio se considera depredatorio, ya que hasta los productos regalados (con un precio de cero) se podrían justificar en ciertas circunstancias. Se distinguen tres rangos de precios:

- a) Los precios por arriba del costo medio total no deben considerarse depredatorios, puesto que su prohibición tendería a proteger a productores ineficientes;
- b) La fijación de precios entre el costo medio variable y el costo medio total, aunque no es sostenible en el largo plazo, podría ser económicamente sana en varias situaciones, por ejemplo, cuando hay un excedente de capacidad o cuando se trata de productos perecederos u obsoletos. Asimismo, las propias presiones competitivas en un mercado pueden conducir a precios en este rango.
- c) Aun los precios por debajo del costo medio variable podrían ser económicamente justificados. Por ejemplo, cuando hay un excedente de capacidad y costos de "rearranque", una estrategia de continuar la producción y vender a precios por debajo del costo medio variable minimizaría las pérdidas y no sería depredatoria. Adicionalmente, los nuevos entrantes en un mercado deberían tener amplia libertad en la fijación de precios a fin de promover su producto y obtener economías de escala y efectos de aprendizaje en la producción.

La OCDE reconoce que la medición de los costos es problemática, especialmente cuando se trata de empresas multiproducto. Finalmente, recomienda también considerar durante esta segunda etapa los factores relacionados a la intención del presunto depredador, pero sólo cuando los resultados de la comparación precios-costos resulten ser ambiguos.

²² La jurisprudencia en Estados Unidos sobre casos de depredación de precios se describe, por ejemplo, en las siguientes publicaciones: Baker, *op. cit.* 2; W. Breit y Kenneth G. Elzinga, 1989, *The antitrust casebook, milestones in economic regulation*, 2nd. Ed., (The Dryden Press); Michael L. Denger y John A. Herfort, 1994, "Predatory pricing claims after Brooke Group", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, Pag. 541-558; Elzinga y Mills, *op. cit.* 4; Richard T. Rapp, 1990, "Predatory pricing analysis: a practical synthesis", *Antitrust Law Journal*, Vol. 59, Pag. 595-607.; y OECD, *op. cit.* 3.

2.2 Los *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* de Canadá (1992)

Los *Predatory Pricing Enforcement Guidelines* aclaran los criterios aplicados por la autoridad de competencia de Canadá en casos de depredación de precios. El caso de Canadá es interesante porque se aplica explícitamente una regla de dos etapas similar a la promovida por la OCDE. En los *guidelines* se menciona que entre 1980 y 1990 las autoridades recibieron 550 denuncias de supuestas prácticas de depredación de precios, de las cuales sólo 23 resultaron en investigaciones formales bajo el *Competition Act*, cuatro se presentaron ante el Procurador General y sólo tres resultaron en la imposición de multas.

En la primera etapa se determina si el presunto responsable tiene poder de mercado, para lo cual se analizan elementos como su participación en el mercado (que debe ser por lo menos de 35%), los índices de concentración y las tendencias en las participaciones de mercado en el tiempo. Asimismo, se analizan las condiciones de entrada. Si no hay importantes barreras a la entrada para nuevos competidores entonces el presunto depredador no podría recuperar sus pérdidas mediante futuros precios monopólicos.

Sólo cuando el presunto responsable tiene una alta participación de mercado y existen barreras a la entrada se procede a la segunda etapa que comprende una comparación de precios y costos.²³ Los precios por arriba del costo medio total siempre se consideran razonables. Los precios por debajo del costo medio variable son irrazonables, excepto cuando haya una justificación clara, tal como podría ser la necesidad de vender un producto perecedero. Los precios entre el costo medio total y el medio variable se encuentran en el área gris, por lo cual se tendrían que analizar las circunstancias específicas del caso. En esta fase se evaluarían factores similares a los que menciona la OCDE (capacidad ociosa, caída en la demanda, etc.).

Finalmente, si se determina que el presunto responsable tiene poder sustancial y que sus precios son irrazonables, todavía se tienen que comprobar dos elementos adicionales. El primero es si los precios en cuestión forman parte de una política deliberada de ventas por parte del presunto responsable. Aquí se analiza si los precios bajos se fijan en todo el mercado en que están los competidores, y si se aplican durante un tiempo suficiente. Por ejemplo, no es una estrategia depredatoria si una empresa fija precios bajos en un solo segmento y no en todos los segmentos del mercado relevante donde esté el competidor. El segundo elemento adicional que se tiene que analizar es el impacto de los precios bajos. Aquí se preguntaría, por ejemplo, si la práctica depredatoria ha eliminado a un competidor o si ha reducido sustancialmente la participación de mercado de un competidor.

2.3 La jurisprudencia en Estados Unidos en materia de depredación (1967-1993)

2.3.1 Algunos casos relevantes

La siguiente descripción de decisiones claves entre 1967 y 1993 muestra que también en Estados Unidos ha habido grandes diferencias en el tiempo, e inclusive entre diferentes cortes, respecto de la forma más adecuada de evaluar prácticas depredatorias. Sin embargo, al mismo tiempo se observa que a través del tiempo se han establecido ya ciertos criterios más uniformes que reflejan un enfoque bastante similar al de la OCDE y Canadá.

El caso *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.* (1967) impulsó un gran debate sobre el tratamiento de la depredación de precios. Tres empresas con operaciones a nivel nacional fijaron precios bajos (hasta por debajo de sus costos medios totales) en Salt Lake City para competir con la empresa local Utah Pie, práctica que fue sancionada como una discriminación de precios bajo el *Robinson-Patman Act*. Este caso implicó que podían ser sancionadas las empresas que fijan el precio en determinado mercado local por debajo del costo medio total a fin de competir con un competidor local, independientemente de que si la empresa local incurriera en pérdidas o si disminuyera su participación de mercado. Esta decisión causó gran confusión: ¿La política de competencia debe proteger a competidores individuales o a la competencia (en este caso se encontró que Utah Pie bien podría protegerse a sí misma)?; y ¿En qué consiste la práctica de la depredación?

²³ Este "filtro" de la primera etapa es consistente con el artículo 11 de la Ley Federal de Competencia Económica de México, el cual establece que para que las prácticas monopólicas relativas se consideren violatorias de la Ley, deberá comprobarse que el presunto responsable tiene poder sustancial en el mercado relevante. Sin embargo, contrariamente a la LFCE, la regla de dos etapas establece explícitamente que *primero* debe analizarse el poder de mercado antes de proceder al estudio de precios y costos.

Esta segunda pregunta la resolvieron Areeda y Turner en su importante artículo de 1975.²⁴ Estos autores señalaron que la depredación debe determinarse con base en la relación precio-costo, y no en criterios más controvertidos que hasta ese tiempo se habían utilizado (por ejemplo, la intención del depredador). De conformidad con la teoría del bienestar y con una óptima asignación de recursos sobre la economía, un precio igual al costo marginal de corto plazo es eficiente y por tanto no depredatorio. Así, el costo marginal de corto plazo es el límite por debajo del cual los precios serían presumiblemente depredatorios. Por razones prácticas, Areeda y Turner propusieron al costo medio variable como aproximación del costo marginal. Los costos medios variables que ellos consideraron son aquellos costos que pueden cambiar en el periodo relevante para la investigación, por ejemplo, el periodo de los precios bajos. Mientras más largo ese periodo, más costos se vuelven variables. Subsecuentemente, la regla de Areeda y Turner llegó a ser el principal criterio de las cortes en muchos casos de depredación.

En el caso *Hanson v. Shell Co.* (1976), la corte aplicó la regla Areeda-Turner, comparando el precio con el costo medio variable de corto plazo, usando este último como maximizador del bienestar en el corto plazo. La corte reconoció que es importante considerar tanto la maximización del bienestar de corto plazo como la de largo plazo. Sin embargo, debido a la dificultad para evaluar la situación del mercado en el largo plazo, la corte no comparó el precio con el costo medio total (el cual implicaría la maximización del bienestar en el largo plazo).

En otro caso de 1976, *W. Inglis and Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, la corte estableció que la denunciante debe demostrar que el presunto depredador ha fijado precios por debajo del costo medio variable. Cuando los precios se encuentran entre el costo medio variable y el costo medio total, la denunciante debe demostrar que esos precios forman parte de una estrategia deliberada de depredación por parte de la denunciada. En este caso, la corte consideró que un precio entre el costo medio variable y el medio total no es per sé depredatorio ni per sé justificado (como lo propusieron Areeda y Turner), y que pueden considerarse elementos no relacionados al costo. Por ejemplo, un precio por debajo del costo medio total puede explicarse por una estrategia de minimización de pérdidas. Aquí destaca la similitud de criterio con la OCDE en lo que se refiere a la segunda etapa donde se comparan precios y costos.

En *Janich Bros. Inc. v. American Distilling Co.* (1977), la corte desechó la denuncia con base en la regla Areeda-Turner, aunque reconoció que bajo ciertas circunstancias no comunes un precio por arriba del costo marginal o variable podría ser depredatorio. La denuncia se había enfocado sólo en un producto (bebidas alcohólicas en botellas de medio galón), mientras que el supuesto depredador distribuía varios productos (botellas de diferentes tamaños) dentro del mismo mercado relevante. Por ello, la corte determinó que para comprobar la depredación la línea completa de productos debe haberse vendido a precios por debajo del costo medio variable. Una sola fracción de una línea de productos no puede excluir a competidores o dañar al proceso de competencia en un mercado relevante que consiste de la entera línea de productos.²⁵

En *Northeastern Telephone Co. v. AT&T* (1981), la denuncia fue en contra de una empresa regulada y multiproducto (AT&T). La corte estableció que los precios por debajo de un costo marginal anticipado se consideran depredatorios (de manera similar a la regla de Areeda y Turner), aun cuando se trate de una empresa regulada. La corte reconoció la dificultad de aplicar la prueba del costo medio total en empresas multiproducto, debido a que el prorrateo de los costos comunes es esencialmente arbitrario. Por esta razón, la corte prefirió dejar a las propias empresas la asignación de los gastos indirectos, por cualquier método razonable y consistente.

En el caso *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.* (1983), la corte rechazó el argumento de la denunciante de que aun los precios por arriba del costo medio total podían ser ilegales, y en lugar de ello aceptó la regla de Areeda y Turner. Esta decisión de la corte de permitir per sé los precios por arriba del costo medio total coincide con la sugerencia de la OCDE.

En casos más recientes las cortes se enfocaron más en elementos de la estructura de mercado en lugar de los criterios precio-costo. En *General Foods Corp.* (1984), la FTC primero evaluó la posibilidad de éxito de una estrategia depredatoria, de conformidad con la regla de dos etapas. Concluyó que General Foods no podría

²⁴ Philip Areeda y Donald F. Turner, 1975, "Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, 88-697.

²⁵ Véase Denger y Herfort, *op. cit.* 13, Pag. 551.

controlar los precios ni excluir a sus rivales del mercado de café en la región este del país, por las siguientes razones: (i) no existían barreras a la entrada en el mercado regional; (ii) el comercio con otras zonas en respuesta a pequeñas diferencias en el precio regional sugería que el mercado relevante debía definirse más ampliamente; (iii) había exceso de capacidad en la industria; y (iv) la alta rentabilidad del producto de General Foods era resultado de la eficiencia superior en marketing y calidad. Como resultado, se terminó la investigación y el caso nunca procedió al análisis precios-costos.

En *Matsushita Electric Industrial Co v. Zenith Radio Corp.* et al. (1986), la Suprema Corte analizó una denuncia sobre 21 empresas japonesas a las que se acusó de financiar precios bajos para sus exportaciones a Estados Unidos con precios altos en su mercado doméstico. La Suprema Corte sólo se enfocó en los efectos de la práctica en el mercado estadounidense (la fijación de precios bajos) y no consideró los del mercado japonés (precios altos). Se encontró que los supuestos conspiradores difícilmente podían monitorear y coordinar la fijación conjunta de precios antes y después de la depredación, contrariamente a la situación en que se trata de una sola empresa depredadora. Aquí se introdujo el concepto de *recoupment*, es decir, la recuperación de las pérdidas de la depredación. La Suprema Corte manifestó que las 21 empresas difícilmente podrían acordar un precio conjunto a nivel monopólico después de sacar a los competidores locales del mercado para recuperar sus pérdidas. Por otra parte, la Suprema Corte reconoció que no había consenso sobre la medida apropiada de comparar precios y costos, pero concluyó que la depredación es raramente exitosa y que una intervención podría desincentivar una legítima competencia de precios.

2.3.2 El caso más reciente de Estados Unidos: *Brooke Group*

En el caso *Brooke Group Ltd. v. Brown Williamson Tobacco Corp.* (1993), la Suprema Corte se distanció definitivamente de la decisión *Utah Pie* de 1967. La Corte estableció criterios detallados para el análisis de depredación, los cuales probablemente se aplicarán en el futuro inmediato en casos de depredación en Estados Unidos.²⁶ Particularmente, determinó que para comprobar la depredación se requiere de precios por debajo de una medida apropiada de costos, pero que además debe existir una posibilidad razonable para el presunto depredador de recuperar pérdidas mediante futuros precios monopólicos. De acuerdo a la Suprema Corte, los precios por debajo de costos, aunque sean dañinos para las víctimas, no son relevantes para las leyes de competencia si no dañan la competencia. Y si no hay posibilidad de recuperar las pérdidas, el intento a depredar sólo implica precios más bajos en el mercado y por tanto aumenta el bienestar del consumidor.²⁷

Aquí se definió explícitamente el estándar de *recoupment* para evaluar la depredación. La Corte mencionó algunas situaciones en las que la recuperación de pérdidas no sería posible: (i) un mercado altamente difuso o competitivo, o en el que la entrada es fácil; (ii) un depredador que no tiene capacidad ociosa para absorber las participaciones de mercado de sus rivales o que no puede expandir su capacidad rápidamente; y (iii) una depredación demasiado costosa, debido a una larga duración de la práctica o a que los precios están muy por debajo del costo. Por otra parte, la Suprema Corte rechazó en *Brooke Group* el uso de un solo estándar basado en costos, considerando los peligros de utilizar una relación precio-costo que en la práctica un tribunal judicial no podría controlar sin desincentivar la reducción legítima de precios.

En suma, se puede decir que también en la jurisprudencia de Estados Unidos se han establecido ciertos criterios consistentes para evaluar la depredación. El más importante es el de la recuperación de las pérdidas, que considera la racionalidad de la práctica depredatoria. Según este criterio, si el presunto depredador no podría recuperar sus pérdidas mediante futuros precios monopólicos no hay peligro para la competencia y no deben intervenir las autoridades, aun cuando ciertos competidores individuales se vean afectados por la práctica. El estándar de *recoupment*, que es muy similar a la primera fase de la regla de dos etapas, relegó los criterios de costos hacia un papel secundario. Se pueden desechar muchos casos sin proceder a la comparación de precios y costos, y sólo cuando la recuperación es posible se procede a esa segunda fase.

En cuanto a los criterios de costos hay menos claridad en la jurisprudencia estadounidense. En general se ha aceptado la regla Areeda-Turner del costo medio variable. Precios por debajo del costo medio variable son sospechosos, precios entre el costo medio variable y el medio total pueden ser depredatorios en determinadas

²⁶ Kathryn M. Fenton, 1994, "Symposium: Predatory pricing after *Brooke Group*; Editor's note", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, Pag. 532-540.

²⁷ Véase Denger y Herfort, *op. cit.* 13, Pag. 544.

circunstancias, y precios por arriba del costo medio total siempre se permiten. Esto corresponde en gran medida con los criterios de la segunda fase de la regla de dos etapas. Cabe señalar que en el caso de la empresa multiproducto (AT&T) se aplicó el criterio del costo medio total pero se aceptó el método de asignación de costos indirectos de la propia empresa. Además, conviene destacar que las cortes, en caso de utilizar un estándar de costos, generalmente lo aplican a la entera línea de productos del presunto depredador dentro del mismo mercado relevante, y no a una marca o presentación específica.

3. CONCLUSIONES

El método de las dos etapas, como es promovido por la OCDE y aplicado en Canadá y, de manera implícita, en Estados Unidos, tiene las siguientes ventajas:

1) En la primera etapa se evalúan el poder de mercado del presunto responsable, la evolución de las participaciones de mercado de las diferentes empresas y la existencia de barreras a la entrada. Esto permite separar aquellos casos en los que existe un peligro para la competencia de los demás casos (la mayoría) en que no hay tal peligro.

El objetivo de la política de competencia en general es proteger el proceso competitivo y no a competidores individuales. Ahora bien, una situación en la que una empresa está compitiendo mediante precios muy bajos (sea por arriba o por debajo de alguna medida de costos), es precisamente lo que desean las autoridades de competencia, aun cuando algunos competidores individuales que no puedan responder a los precios bajos tengan que salir del mercado. Tal competencia no es preocupante mientras sea posible la entrada de nuevos competidores, ya que entonces también se garantiza la competencia en el futuro. Sólo cuando existen importantes barreras a la entrada, una práctica depredatoria sería racional y lucrativa, ya que la empresa podría recuperar los precios bajos mediante futuros precios monopólicos.

2) Debido al filtro de la primera etapa serán pocos los casos en los que las autoridades tengan que realizar el análisis precio-costo. Esto es muy importante puesto que la comparación de precios y costos es sumamente compleja. En primer lugar, es muy difícil obtener datos adecuados y confiables de las empresas. En segundo lugar, si se trata de una empresa multiproducto se tienen que prorratear de alguna manera los gastos indirectos, y cualquier prorrateo necesariamente es arbitrario e incompleto. En tercer lugar, no hay consenso sobre qué medida de costo (el variable, el medio total u otro) debe compararse con el precio. El único consenso es que los precios por arriba de los costos medios totales se permiten per sé.²⁸

3) Para los pocos casos que pasan la primera etapa, la regla de Joskow y Klevorick establece ciertos criterios de costos, distinguiendo entre tres rangos de precios (por arriba del costo medio total, entre costo medio total y variable y por debajo del costo medio variable). Aunque esos criterios no siempre son aceptados, sí dan cierta claridad sobre qué rangos de precios son razonables y bajo qué circunstancias.

Bien puede ser que, como resultado de la aplicación del método de las dos etapas, prácticamente ningún caso de conductas depredatorias procedería ya. Por ejemplo, se ha observado que el criterio de *recoupment* de la Suprema Corte de Estados Unidos podría significar el fin de todos los casos de depredación en ese país.²⁹ Este resultado tal vez no agradaría a los teóricos que están convencidos de sus modelos en los que la depredación es racional, pero sí contribuiría a una asignación eficiente de los escasos recursos con los que cuentan las autoridades de competencia.

²⁸ Contrariamente, en las legislaciones *antidumping* de la mayoría de los países aun los precios por arriba del costo medio total pueden ser prohibidos, ya que generalmente se comparan los precios entre países sin referencia a costos. Y en caso de que se aplica un criterio de costos, éste incluye no solamente el costo medio total sino también un margen "razonable" de utilidad.

²⁹ Véase Kenneth L. Glazer, 1994, "Predatory pricing and beyond: life after *Brooke Group*", *Antitrust Law Journal*, Vol. 62, Pag. 605.

LA POLÍTICA DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO

SEMINARIO TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL
SAN JOSÉ, COSTA RICA 9 AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1997

Por Greta Spota Dierix¹

Sumario

- 1- Criterios Generales.
- 2- Evaluación de Concentraciones.
- 3- Remedios.
- 4- Presentación de Caso.

1. CRITERIOS GENERALES

La Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) establece una política preventiva respecto a las fusiones y adquisiciones de empresas. Para ello, contempla un sistema de prenotificación de aquellas operaciones que rebasen los umbrales establecidos por la ley.

El artículo 20 de la LFCE establece que las siguientes concentraciones, antes de realizarse deberán ser notificadas a la Comisión:

... "I. Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal; (El salario mínimo general vigente para el D.F. es de \$26.45MN según el Diario Oficial de la Federación del 26 de agosto de 1997, por lo que el monto de esta transacción equivale a \$ 317,400,000 pesos.- US\$40,018,660.24)

II. Si la transacción implica, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (el monto de esta transacción equivale a \$317,400,000 pesos.- US\$40,018,660.24); o

III. Si en la transacción participan, dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal (el monto de esta transacción equivale a \$1,269,600,000 pesos.-US\$160,074,640.97 y la acumulación de activos o capital social superior a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo equivale a \$126,960,000 pesos.-US\$16,007,464.07)..."

El artículo 16 de la LFCE define el concepto de concentración como "... la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos...", y establece que la "...Comisión impugnará y sancionará aquellas operaciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia..." En este sentido, la LFCE no se preocupa por el tamaño de las empresas, sino por el efecto que éstas pudieran tener en el mercado. Por lo tanto, la tarea de la Comisión consiste en asegurar que en ningún caso dichas operaciones confieran el poder de²:

-fijar precios unilateralmente a los agentes económicos involucrados;

-restringir el abasto o suministro de bienes y servicios en el mercado relevante;

¹ Subdirector para Asuntos Internacionales de la Dirección General de Estudios Económicos de la Comisión Federal de Competencia, México

² Artículo 17 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

-desplazar o impedir el acceso a los competidores actuales o potenciales, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder, y de manera general que la realización de la concentración en cuestión no facilite el ejercicio de una práctica monopólica prohibida.

Para las concentraciones que no rebasan los umbrales establecidos por la Ley y que por lo tanto no requieren ser notificadas, la LFCE establece un plazo hasta de un año para poder impugnarlas en caso de que presenten problemas para la competencia.

2. EVALUACIÓN DE CONCENTRACIONES

El principal criterio de la Comisión para la evaluación de concentraciones se basa en la regla de la razón; reconociendo de esta manera, que algunas operaciones pueden llegar a justificarse por razones de eficiencia. Esto sucede cuando la concentración resulta en una mejor utilización de los activos permitiendo a las empresas bajar sus costos logrando mayor y mejor calidad en la producción.

Para determinar si una concentración debe ser sancionada o impugnada, el Artículo 18 de la LFCE establece que la Comisión deberá tomar en consideración los siguientes elementos:

- (i) El mercado relevante en los términos del artículo 12; y
- (ii) la identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado, el análisis de su poder en el mercado relevante de acuerdo al artículo 13, y el grado de concentración en dicho mercado.

(i) Definición del mercado relevante

El artículo 12 de la LFCE señala que para la determinación del mercado relevante serán tomados en consideración los siguientes criterios:

"I Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso a usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos".

Siguiendo los lineamientos que señala la Ley, se inicia el estudio definiendo el (los) bien(es) o servicio(s) que producen o comercializan las empresas fusionantes. En siguiente término, se define el ámbito geográfico donde tienen influencia las empresas que se fusionan, (el ámbito geográfico puede ser de dimensión regional, nacional o internacional). Una vez definidos el producto relevante y su ámbito geográfico, se considera, desde el punto de vista de la demanda, a todos aquellos bienes o servicios a los que pudieran acudir los consumidores en el caso en que las empresas fusionantes realizaran un incremento permanente y sustancial de sus precios o tarifas. Se considera que los sustitutos deberán ser de calidad y precio similar a los que ofrecen los fusionantes para que, en caso de que el consumidor acuda a ellos, no haya una sustancial disminución de su nivel de bienestar. Asimismo, se considera el tiempo que requieren los consumidores para poder adquirir bienes sustitutos.

Desde el punto de vista de la oferta, se analizan los costos que deben cubrirse para que el producto relevante llegue al consumidor final, siguiendo todas las etapas de su cadena productiva. De manera general, se señalan los costos de los insumos, transporte, producción, distribución, comercialización e importación. El propósito de lo anterior, es establecer si existen alternativas de entrada de competidores potenciales en el mercado relevante, es decir, si el mercado es disputable.

El análisis de los puntos señalados en los párrafos anteriores también considera las restricciones jurídicas que disminuyen el acceso de los consumidores a bienes sustitutos o que limitan la entrada de nuevos competidores en el mercado relevante.

(ii) Determinación del poder sustancial en el mercado relevante y la utilización de los índices de concentración

El artículo 13 de la Ley enumera los demás elementos que la CFC debe considerar para evaluar el poder de mercado:

I. La participación de las empresas en el mercado en cuestión y si pueden fijar precios unilateralmente o restringir el abasto sin que los competidores actuales o potenciales puedan contrarrestar dicho poder;

II. la existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar dichas barreras así como la oferta de otros competidores que ya operan en el mercado;

III. la existencia y poder de sus competidores;

IV. las posibilidades de acceso de la nueva empresa y de los competidores a fuentes de insumos;

V. el comportamiento reciente... de los agentes económicos participantes a la operación de fusión.

Adicionalmente se analizan los vínculos, si los hubiere, entre la empresa o empresas participantes en la concentración y el grupo controlador o empresa con los que se pretende llevar a cabo la concentración, y los efectos que la concentración pueda tener en otros mercados relevantes y con otros agentes económicos relacionados.

Uso de índices de Concentración

Los índices de concentración se utilizan como un instrumento cuyo fin es ayudar a determinar si una fusión o adquisición es monopólica. Sin embargo, es importante considerar que "...para una economía relativamente pequeña como es la mexicana, el caso general es que la oferta proveniente de las importaciones es un elemento crucial para determinar la competitividad de la producción nacional. En consecuencia, los índices de concentración medidos a nivel nacional, pueden dar una visión sesgada, excepto en el caso de bienes no comerciales, donde el período de ajuste ante un monopolio puede ser demasiado largo".³

El índice de Herfindahl (H) es usualmente utilizado en la evaluación de estructuras de mercado. Sin embargo, en ocasiones este índice arroja resultados que son contrarios a los que propone la teoría de la organización industrial; por ejemplo, H siempre aumenta con la fusión de empresas, a pesar de que en ciertas circunstancias éstas pueden resultar procompetitivas.

En el caso mexicano actualmente se recurre a un índice de concentración alternativo como un elemento adicional en el análisis de concentraciones, el índice de Dominación (P), el cual conserva todas las características teóricas principales de H y supera algunos inconvenientes de éste, ya que su valor depende del tamaño relativo de las empresas fusionantes y de la estructura particular del mercado; por ejemplo, a diferencia de H, P no siempre aumenta como resultado de concentraciones de empresas.⁴

Sus propiedades más importantes son:

-P coincide con H cuando se tienen empresas del mismo tamaño.

-La adquisición de cualquier empresa por la mayor de ellas dará como resultado un valor mayor de P.

³ Gabriel Castañeda, Santiago Levy, Gabriel Martínez, Gustavo Merino: "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica, Diciembre de 1992; pg. 14.

⁴ Este índice fue propuesto por el Dr. Pascual García Alba, Comisionado de la Comisión Federal de Competencia, en su artículo: "Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados", publicado por el Fondo de Cultura Económica en Trimestre Económico de Julio-Septiembre, 1994

Umbrales para medir la concentración

A la fecha, la Comisión no ha definido criterios con respecto a la posibilidad de utilizar determinados valores para medir las concentraciones. Sin embargo, el Comisionado Pascual García Alba ha propuesto la posibilidad de utilizar un valor de 0.25 en relación al valor de P, como uno de los elementos para medir la concentración. De manera que dicho umbral sirve como un filtro para distinguir entre aquellas concentraciones que requerirían, en principio, de un análisis escrupuloso de aquellas que sólo requerirán de un análisis económico sencillo. En este sentido, se presume que las operaciones cuyo valor sea mayor al de 0.25 requerirán de un análisis económico extenso mientras que las menores no⁵.

3. REMEDIOS

Una vez que se evalúan las concentraciones de conformidad con los criterios establecidos por la Ley, en caso de que se determine que la operación en cuestión es violatoria a la LFCE, la Comisión podrá aplicar las siguientes sanciones de acuerdo al artículo 19:

I. Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que fije la Comisión; o bien,

II. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos según corresponda..."

La posibilidad de condicionar a las concentraciones que en ciertos aspectos pudieran representar un riesgo para el proceso de competencia, es una medida de suma importancia, ya que permite preservar las ventajas en eficiencia de ciertas operaciones, al mismo tiempo en que se asegura el proceso de libre competencia.

4. PRESENTACIÓN DE CASO

Con el objeto de aterrizar los criterios que aplica la Comisión en la evaluación de fusiones, la siguiente sección se refiere a la presentación del proyecto de concentración de Mobilcom S.A. de C.V. (Mobilcom), y Radio Cel S.A. de C.V. (Radio Cel).

Notificación

A fines de 1996, se presentó a la Comisión Federal de Competencia la notificación de concentración entre las empresas Corporación Mobilcom, S.A. de C.V. (Mobilcom) y Radio Cel, S.A. de C.V. (Radio Cel). Ambas empresas se dedican a la prestación del servicio de radiocalización móvil especializada de flotillas (SRMEF o *trunking*). El propósito de la concentración era que Mobilcom adquiriera de Radio Cel las concesiones para la prestación del servicio de trunking con el objeto de seguir prestando este servicio y, adicionalmente, contar con el número de canales de frecuencia necesarios para introducir un servicio de tecnología digital (Iden de Motorola) que fuera capaz de competir principalmente con los sistemas de telefonía celular. Asimismo, se espera que dicha tecnología sea capaz de ofrecer los servicios de paging y de despacho.

Las ventajas del trunking consisten en la compartición de un número de canales troncales de comunicación entre un número considerable de usuarios, logrando un mayor aprovechamiento de los mismos canales sin que los usuarios perciban un mayor congestionamiento, ya que los canales sólo son asignados al usuario cuando éste lo requiera. Los servicios de este tipo de sistema de comunicación son:

⁵ El Comisionado Pascual García Alba sugiere el siguiente procedimiento para el análisis de las concentraciones que rebasen los umbrales señalados por la Ley para que estas deban ser notificadas a la Comisión:(vid. ibid)

"-Paso 1. Calcular el valor de P antes y después de la concentración que se solicita sea aprobada.

-Paso 2.1. Si el valor de P después de la fusión es mayor que 0.25 (el valor equivalente al correspondiente a cuatro empresas de igual tamaño), sujetar la decisión a un análisis de las demás circunstancias en que se desarrollaría la operación, sin importar si P aumenta o disminuye.

-Paso 2.2. Si P aumenta pero su valor posfusión es menor o igual que 0.25, no impugnar la fusión, excepto en casos en que existan razones flagrantes para suponer que la operación persigue objetivos anticompetitivos importantes.

-Paso 2.3. Si P no aumenta y después de la fusión es menor o igual que 0.25, no impugnar la fusión, salvo quizá en situaciones verdaderamente excepcionales en las que el peso de la prueba recaerá en la parte impugnadora."

- hacer/contestar llamadas (locales o regionales) desde y hacia los vehículos de la empresa;
- hacer/contestar llamadas (locales o regionales) a personas fuera de la oficina o a otros usuarios del sistema, o bien, hacer/recibir llamadas de negocios o empresas en la red telefónica; y
- enviar mensajes de datos a alta velocidad a través de la red.

Evaluación del caso

Para efectos del análisis de la presente concentración, de conformidad con lo ordenado por el artículo 18, se debe (i) definir el mercado relevante en términos del artículo 12 de la LFCE y (ii) determinar la existencia de poder sustancial en el mercado relevante en los términos del artículo 13 de la LFCE.

(i) En cuanto a la definición del mercado relevante el artículo 12 señala que deberán considerarse los siguientes elementos:

"Artículo 12(I).- Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I.- Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución..."

Mobilcom y Radio Cel, hasta antes de la concentración propuesta, eran los principales proveedores del servicio de trunking en diversas ciudades de México. El SRMEF es un servicio de intercomunicación o despacho, cuyos principales usuarios son los prestadores de servicios de flotillas de transporte de mercancías. El trunking está diseñado para satisfacer necesidades de transmisión de usuarios o grupos de trabajo que realizan llamadas de radio de corta duración.

Para definir el mercado relevante, se consideraron como alternativas de sustitución otras posibilidades de intercomunicación inalámbrica, entre ellas la telefonía celular, paging, y el servicio PCS, sin embargo todas fueron desechadas por las siguientes razones:

Telefonía Celular.- Sería el sustituto más cercano para el servicio digital pero no para el analógico, ya que el teléfono celular es un aparato de comunicación personal más que una herramienta de productividad para una empresa. Siendo un servicio más caro, no sería costeable para los clientes establecer comunicaciones a una flotilla por medio del mismo.

Paging.- A pesar de ser más barato que el trunking, sólo permite realizar mensajes unidireccionales, no se puede prestar el servicio de despacho.

PCS.- Estos son una potencial alternativa de competencia para la telefonía celular y el trunking. Sin embargo, su desarrollo en el mercado nacional aún deberá esperar algunos años; ya que las bandas requeridas para prestar este servicio aún no se han licitado y además, una vez disponibles dichas bandas, la introducción de este servicio requerirá una fuerte inversión inicial.

Por lo anterior, el trunking fue considerado como el servicio relevante, ya que otras alternativas de comunicación inalámbrica no podían ser utilizadas como sustitutos cercanos para los usuarios de este tipo de servicio.

En ámbito geográfico de este mercado relevante es de carácter local, ya que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), otorga títulos de concesión para prestar este servicio por ciudades. De manera que, por ejemplo, para un consumidor de este servicio que viva en la ciudad de Monterrey, sólo puede acudir a un prestador de este servicio ubicado en esta localidad.

La SCT, ha designado 600 canales por localidad de las bandas de 806-821 Mhz y 851-866 Mhz (de aquí en adelante se referirá como la banda de los 800 Mhz). Se puede decir que estos canales de frecuencia, son el recurso escaso necesario para poder prestar el servicio de trunking.

Desde el punto de vista de la oferta, la tecnología digital Iden de Motorola, estaba diseñada para operar exclusivamente en el segmento de banda señalado en el párrafo anterior, de tal manera que no existía otra

alternativa viable para la instalación de la misma en otras bandas de frecuencia.

La fracción II del citado artículo dispone como segundo criterio:

"II.- Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer al mercado desde esas regiones..."

Al respecto, cabe destacar que para prestar el servicio de trunking se requiere equipo especializado tanto para las empresas prestadoras del servicio como para los consumidores, sin embargo, los costos de transporte, fletes y demás, relativos a la fracción precedente, no son factores relevantes para la prestación del servicio en cuestión.

Por su parte, la fracción III establece:

"III.- Los costos y probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;..."

Como se señaló en la fracción primera de este artículo, los usuarios del servicio trunking no tienen alternativas de acudir a prestadores de servicio ubicados en otras localidades o en el extranjero, ya que requieren, necesariamente, acudir a prestadores de servicio ubicados en su lugar de origen.

Por último, la fracción IV dispone:

"IV.-Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos."

Las restricciones normativas más importantes a considerar para transmitir señales de televisión vía satélite son las siguientes:

La Ley Federal de Telecomunicaciones, en su artículo 11, señala que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, es el organismo del gobierno federal encargado de otorgar concesiones para:

I. Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial;

II. Instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones;

III. Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país, y explotar sus respectivas bandas de frecuencias, y

IV. Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencia asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional."

Las concesiones para prestar servicio de *trunking* (y en general, para todo servicio de telecomunicaciones que requiera del uso de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico), son otorgadas por la SCT mediante un proceso de licitación pública, en el que la CFC interviene en la autorización de la participación de los agentes económicos licitantes con el objeto de prevenir una concentración excesiva del espectro.

En cuanto a restricciones referentes a la inversión extranjera, se debe señalar que los artículos 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y 7º, fracción III, inciso X de la Ley de Inversiones Extranjeras, establecen que la inversión extranjera no podrá rebasar el cuarenta y nueve por ciento del capital social de sociedades que hayan recibido título de concesión para operar redes públicas de telecomunicaciones.

(ii) Una vez definido el mercado relevante, se procede a determinar si, en caso de ser aprobada la operación notificada, Mobilcom adquiriría poder sustancial en el mercado relevante.

Al respecto, el artículo 13 de la Ley Federal de Competencia Económica, señala lo siguiente:

"Artículo 13.- Para determinar si un agente económico tiene poder sustancial en el mercado relevante, deberá considerarse:

I. Su participación en dicho mercado y si puede fijar precios unilateralmente o restringir el abasto en el mercado relevante sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;"

Antes de la concentración, Mobilcom y Radio Cel eran los dos principales competidores en la prestación del servicio de *trunking* en México. A nivel nacional, Mobilcom y Radio Cel prestaban este servicio a 28% y 31% del total de clientes respectivamente.

Sin embargo, el indicador más importante para medir el nivel de concentración, fue el número de canales de frecuencia que se concentrarían como consecuencia de la operación notificada (recuérdese que estos canales son el recurso escaso para poder prestar este servicio). Las ciudades donde Mobilcom y Radio Cel concentrarían canales fueron Monterrey, Guadalajara, Tampico, León, Toluca, Querétaro, Acapulco, Cuernavaca, Puebla y México, D.F. En todas estas ciudades, excepto en la última, el nivel de concentración de canales no era muy elevado, ya que después de la operación, no sumarían más de 100 canales por cada una de las mencionadas ciudades.

Esta situación, sin embargo, no sucedía en México, D.F. donde después de la concentración, las dos empresas acumularían 329 canales. Adicionalmente, se deberá considerar que 115 canales estaban ocupados por entidades gubernamentales, por lo que sólo estaban disponibles 485 canales para prestar este servicio de manera comercial. Por lo anterior, Mobilcom detentaría 329 de 485 canales disponibles, lo que pondría a esta empresa en una posición ventajosa con la que podría desplazar a sus competidores.

La fracción II del artículo 13, dice:

"II. La existencia de barreras de entrada y elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;"

La barrera de entrada más importante, como se señaló antes, es el hecho de que en la actualidad, sólo existen disponibles los 600 canales de frecuencia antes mencionados en la banda de los 800 Mhz por cada una de las ciudades del país. En el mediano plazo, sin embargo, se tiene previsto que la SCT licite canales de frecuencia en la banda de los 220-222 Mhz (de aquí en adelante se referirá como la banda de los 200 Mhz) en donde se encuentran disponibles 160 canales y en la banda de los 896-901/935-940 Mhz (de aquí en adelante se referirá como la banda de los 900 Mhz), en donde se encuentran disponibles 400 canales.

El inciso III del artículo 13 señala:

"III. La existencia y poder de sus competidores"

Se señaló antes que las dos empresas más importantes para la prestación de este servicio son Mobilcom y Radio Cel. En el caso particular de México, D.F., donde se detectaron problemas severos de concentración, los competidores de Mobilcom tenían, respectivamente, 70, 40, 20, 10, 10 y 6 (en total, 156) canales, lo que los pondría en una posición altamente desventajosa con respecto a Mobilcom.

La fracción IV, dispone lo siguiente:

"IV. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a fuentes de insumos".

En este sentido, la concentración referida no implicaba ningún tipo de integración vertical, lo que se traduce en que no habría ninguna barrera o contrato de exclusividad que impidiera a los competidores tener acceso a proveedores de equipo de diversos fabricantes.

Las siguientes fracciones (V y VI) del artículo 13 de la Ley en la materia señalan:

"V. Su comportamiento reciente; y

VI. Los demás criterios que se establezcan en el reglamento de esta ley".

En lo referente a estas fracciones no se encontró en el comportamiento de las empresas involucradas, precedentes de haber incurrido en algún tipo de prácticas anticompetitivas, por lo que dichas fracciones no consituyeron aspectos relevantes en este caso concreto.

Finalmente, contando con los elementos anteriores, la Comisión ponderó los efectos del proyecto de concentración a la luz del artículo 17 de la LFCE que establece los indicios de posibles efectos anticompetitivos

que se deberán tomar en cuenta en la investigación de concentraciones:

"... Que el acto o tentativa:

- I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquirente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;
- II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y
- III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley".

De esta manera, se consideraron dos factores importantes: En primer término, la transacción notificada otorgaría a Mobilcom una posición en la que podría fijar precios unilateralmente y desplazar a sus competidores en el mercado de la prestación del servicio de trunking en México, D.F. Por otro lado, se evaluó la necesidad de Mobilcom de contar con los 329 canales con el fin de que pudiera seguir prestando el servicio de trunking e introducir la nueva tecnología digital que le permitiría competir en el mercado de telefonía celular.

Ante esta situación, la Comisión enfrentaba la disyuntiva de objetar la transacción en México, D.F. y mantener la competencia entre Mobilcom y Radio Cel en el mercado de trunking, o bien, permitir la fusión facilitando el desarrollo de la nueva tecnología digital que en el mediano plazo se traduciría en mayores beneficios y tarifas más bajas para los consumidores en el mercado de telefonía celular.

Resolución

En este contexto, el Pleno de la Comisión consideró que permitiría la concentración en México, D.F. para alentar el desarrollo de nuevas tecnologías. Sin embargo, con fundamento en el artículo 19 de la LFCE, condicionó la operación a que Mobilcom o sus subsidiarias no participaran en la licitación de bandas de 200 y 900 Mhz para México D.F. a realizarse en 1998, con el propósito de propiciar el ingreso en el mercado de nuevos competidores diferentes a Mobilcom.

Asimismo, se condicionó la transacción a que no podrían realizar más adquisiciones de bandas de frecuencia en la banda de los 800 Mhz en México, D.F. y que, cualquier adquisición de canales de frecuencia que realizaran en provincia, aún y cuando su monto no actualizara las fracciones del artículo 20 de la LFCE, debería ser notificada a la Comisión.

Por último, se determinó que Mobilcom no debería utilizar todos los canales de frecuencia para la instalación de la tecnología digital, sino que debería designar cierto número de canales para seguir prestando el servicio de trunking durante un periodo de 18 meses, al término del cual, la Comisión evaluaría las condiciones de este mercado.

El propósito de que la Comisión emitiera esta última obligación fue:

- a) Evitar que Mobilcom utilizara la totalidad de los canales de frecuencia para la instalación de la tecnología digital, lo cual se hubiera traducido en que los clientes de Mobilcom y Radio Cel se quedaran sin alternativas para adquirir este servicio.
- b) Esperar un periodo de 18 meses, a fin de dar tiempo para la instalación y comercialización de la nueva tecnología y para permitir el ingreso al mercado de nuevos prestadores del servicio de trunking; ya que dentro de dicho periodo se habrían realizado las licitaciones para las bandas de los 200 y 900 Mhz.
- c) Evaluar el impacto de la introducción de la tecnología digital en los diferentes mercados de las telecomunicaciones inalámbricas al término de dicho periodo; con el propósito de revisar las condiciones impuestas por la Comisión en dos sentidos:
 - (i) considerar la posibilidad de que Mobilcom y subsidiarias adquirieran canales de frecuencia en provincia sin la necesidad de notificar a la Comisión; y
 - (ii) valorar nuevamente la condición de que siguiera prestando el servicio de trunking analógico en caso

de que la introducción de la nueva tecnología hubiera sido exitosa y en función de la entrada de los nuevos competidores en el mercado de trunking.

Conclusión

Se anticipan cambios sustantivos en la estructura de los mercados correspondientes al trunking, así como en calidad, precio y variedad de los servicios que proporcionarán las compañías que se dedican a estas actividades. Las nuevas tecnologías digitales explican, en buena medida, este planteamiento. Al adoptarlas, se espera que las empresas puedan utilizar más eficientemente el espectro radioeléctrico, reducir costos, mejorar precios y ampliar la gama de servicios al ofrecer sustitutos viables de telefonía celular de paging y de los servicios de despacho. El uso de estas nuevas tecnologías implica necesariamente economías de escala y diversificación y, por lo tanto, el crecimiento de las empresas por medio de nuevas inversiones y concentraciones.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

SEMINARIO TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL
SAN JOSÉ, COSTA RICA 9 AL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1997

Por Greta Spota Diericx¹,

Sumario:

- 1- Antecedentes para la Ley Federal de Competencia.
- 2- La Ley Federal de Competencia.
- 3- La Comisión Federal de Competencia.
- 4- Conclusiones

1. ANTECEDENTES PARA LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Para hablar sobre el papel que desempeña la autoridad de Competencia mexicana, primero es necesario entender la importancia de la legislación en esta materia a partir del cambio en la política económica del país.

Durante los últimos años México ha experimentado un cambio en la estrategia de desarrollo económico orientado hacia una mayor apertura comercial tanto al interior como al exterior. Así, el gobierno estableció políticas que resultaron en:

- La privatización de un gran número de industrias que anteriormente eran propiedad del Estado;
- La desregulación de un importante grupo de sectores;
- La revisión de las leyes en materia de inversión extranjera;
- El acceso a la OMC como consecuencia de la entrada al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT); y
- La liberalización del comercio, particularmente la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

En este contexto, "...una renovada política de competencia es el complemento natural y necesario de dichos cambios, para asegurar que la operación de los mercados se traduzca en mayor eficiencia"². Por esta razón, fue prioritario "ajustar a las necesidades actuales la legislación reglamentaria del artículo 28 constitucional en materia de libre concurrencia y competencia, mediante la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)".³

2. LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

La nueva LFCE, entró en vigor el 22 de junio de 1993 con el objeto de "...proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados"⁴. De esta manera la Ley sirve como un instrumento de la política económica del Estado que contribuye a que las empresas mexicanas sean más eficientes tanto en el ámbito nacional como internacional. Es decir, que sean capaces de mejorar la calidad de los servicios y productos a mejores precios, facilitando el desarrollo máximo de las potenciales económicas y aumentando la riqueza social.

¹ Subdirector para Asuntos Internacionales de la Comisión Federal de Competencia, México.

² Gabriel Castañeda, Santiago Levy Gabriel Martínez, Gustavo Merino: "Antecedentes Económicos para una Ley Federal de Competencia Económica", pg 1. Diciembre de 1992.

³ Lic. Javier Aguilar: "Características Esenciales de la Ley Federal de Competencia Económica, pg.7; en Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica, UNAM 1994.

⁴ Artículo 2 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE).

3. LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA

Naturaleza

Para la aplicación efectiva de la Ley y la promoción de la política de competencia, se creó a la Comisión Federal de Competencia (CFC) como un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) con autonomía técnica y operativa facultado para prevenir y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, así como para resolverlos de manera autónoma⁵. "El hecho de que la Comisión sea un organismo desconcentrado, significa en el derecho administrativo mexicano, que se trata de un órgano al cual se le transfiere competencia exclusiva y poder de decisión, disminuyendo su relación jerárquica y de subordinación respecto de los órganos centralizados".⁶

Atribuciones

Para cumplir con sus fines, la CFC cuenta con amplias atribuciones que, para efectos de esta presentación dividiremos en dos tipos, (i) Atribuciones para la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados; y (ii) Atribuciones para la promoción de una cultura de competencia tanto en el sector público como en el privado.

(i) En relación a la prevención y eliminación de prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, la Comisión está facultada para resolver los casos de competencia y sancionar administrativamente las violaciones de esta Ley. Para ello, podrá investigar la existencia de prácticas anticompetitivas prohibidas, requerir de los particulares y demás agentes económicos la información o documentos relevantes, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate, y establecer los mecanismos de coordinación para el combate y prevención de estas prácticas ilícitas.⁷

Respecto a la facultad de sancionar, es importante mencionar que la LFCE contempla multas elevadas con el objeto de que tengan un verdadero efecto disuasivo que minimice los incentivos a cometer infracciones. Por ejemplo, en el caso de incurrir en prácticas monopólicas absolutas, (que son aquellas conductas consideradas anticompetitivas per-se), el artículo 35(IV) establece que se podrá imponer un multa por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo, lo cual equivale a \$9,918,750 pesos (US\$ 1,278,469). Por otra parte, de acuerdo a la fracción V del mismo Artículo, por incurrir en prácticas monopólicas relativas se podrá imponer una multa por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo, lo cual equivale a \$5,951,250 (US\$ 767,081).⁸

(ii) En segundo término, para la promoción de una cultura de competencia los esfuerzos de la Comisión se dirigen tanto al sector público como al sector privado. En relación al sector público la Comisión enfrenta retos importantes debido a las acciones que realiza el gobierno en materia de apertura económica, revisión del marco regulatorio y desincorporación de empresas públicas, ya que dichas acciones deben concretarse a través del establecimiento de regulaciones procompetitivas que implican el desarrollo de nuevas formas de coordinación entre la CFC y las autoridades reguladoras respectivas. Para ello, la Comisión está facultada para opinar sobre los programas, políticas y medidas de la administración pública, así como sobre leyes y reglamentos en los aspectos relativos a competencia.⁹

⁵ El Artículo 23 de la LFCE, prevé la creación de la Comisión Federal de Competencia

⁶ Dr. Leonel Pereznieto: "La Ley Federal de Competencia Económica: Un Nuevo Instrumento para una Nueva Economía", pg 135; en Estudios en Torno a la Ley Federal de Competencia.

⁷ El Artículo, 24(I, II, III) de la LFCE establece las atribuciones de la Comisión para llevar a cabo sus investigaciones, y los Artículo 31 de la LFCE y 25 (VIII) del Reglamento Interior de la Comisión contemplan la facultad para citar a declarar.

⁸ El Diario Oficial de la Federación del 26 de agosto de 1997 establece que el valor del salario mínimo general vigente para el Distrito Federal es de \$26.45 pesos. Asimismo, establece que el tipo de cambio es \$7.7583 pesos por dólar.

⁹ El Artículo 24 de la LFCE establece que la Comisión tendrá las siguientes atribuciones: "...IV. Opinar sobre los ajustes a los programas y políticas de la administración pública federal cuando de éstos resulten efectos que puedan ser contrarios a la competencia y libre concurrencia, V. Opinar, cuando lo solicite el Ejecutivo Federal, sobre las adecuaciones a los proyectos de leyes y reglamentos, por lo que conciernen a los aspectos de competencia y libre concurrencia, VI. Cuando lo considere pertinente, emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia, respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efectos jurídicos ni la Comisión pueda ser obligada a emitir opinión...".

Con fundamento en esta atribución, la CFC ha participado en coordinación con otras autoridades en la elaboración y modernización de nuevas leyes; logrando así, que la mayoría de estos ordenamientos hagan referencias expresas a la LFCE, ya sea porque establecen la necesidad de proteger la libre competencia, o bien otorgan una participación directa a la Comisión para alcanzar el mismo objetivo. En este sentido, destaca la participación de la Comisión en el establecimiento eventual de bases tarifarias, fundamentalmente en el sector de comunicaciones y transportes, en los casos en que no exista competencia efectiva entre los permisionarios o concesionarios.

Por otra parte, con respecto al sector privado la Comisión ha reconocido la importancia de establecer una cultura de competencia que permeé en la sociedad, por lo que trabaja de manera continua en promover la divulgación y asesoría en el uso de la LFCE con el objeto de incentivar denuncias. Para ello, la LFCE ha establecido una política que facilita los planteamientos de consultas orales y escritas a fin de atender las necesidades de orientación sobre la aplicación de la Ley en casos particulares. Al respecto, el Artículo 25 (IX) del Reglamento Interior de la CFC establece que "...corresponde al Secretario Ejecutivo resolver, previo acuerdo del Presidente de la Comisión, las consultas que presenten los interesados, sin que estas tengan ningún efecto jurídico ni vinculativo".

De la misma manera, con el propósito de difundir los casos investigados, así como los fundamentos y criterios empleados para resolverlos, la LFCE establece que la Comisión deberá "...expedir y publicar un informe anual sobre el desempeño de las funciones de la Comisión, que incluya los resultados de sus acciones en materia de competencia y libre concurrencia.."¹⁰.

Finalmente, la Comisión también ha desempeñado un papel importante al impulsar el estudio de la legislación de competencia en instituciones de estudios superiores y a través de su participación y organización de seminarios y conferencias en materia de competencia.

4. CONCLUSIONES

En los tres años de experiencia de la Comisión, se han logrado avances significativos en la eliminación de inercias anticompetitivas en sectores previamente sobrerregulados, en la concientización respecto a los daños sociales e individuales derivados de las restricciones administrativas al funcionamiento eficiente de los mercados, en el desarrollo de estructuras favorables a la competencia, y en la asignación de permisos y concesiones con base en las normas de competencia.

Sin embargo, aún quedan muchos desafíos por enfrentar entre ellos lograr una mayor vinculación de la LFCE con otros ordenamientos jurídicos con el fin de establecer marcos regulatorios congruentes con principios de competencia, ya que "esta coherencia forma parte de un proceso ordenado para desarrollar el Derecho de la Competencia en México aún incipiente."¹¹

Asimismo, es necesario seguir trabajando en la promoción de una cultura de la competencia a través del fortalecimiento de la transparencia en la aplicación de la Ley y proporcionando mayor claridad en los criterios aplicados por la Comisión al analizar los asuntos de competencia¹².

¹⁰ Artículo 29 de la LFCE

¹¹ Informe de Competencia Económica del Segundo semestre de 1996 de la Comisión Federal de Competencia Económica, pg. 148.

¹² Sobre el particular, cabe destacar que la Comisión concluyó la elaboración de un proyecto de reglamento a la Ley Federal de Competencia que actualmente se encuentra en proceso de aprobación cuyo objetivo es proporcionar a los agentes económicos mayor transparencia y claridad en la aplicación de la Ley. Dicho proyecto establece, además de la publicación de los informes anuales de la Comisión, la publicación de sus resoluciones (omitiendo la información confidencial), en una gaceta oficial que será emitida periódicamente por la propia Comisión. Incluso, para alcanzar una mayor difusión dichas resoluciones estarán disponibles en la página de Internet de la Comisión (<http://cfc.gob.mx>).

Para terminar, es importante considerar que en la medida en que la Comisión adquiera más experiencia y se vayan intensificado las relaciones comerciales de México con otros países, se enfrentará a estrategias anticompetitivas cada vez más complejas tanto de origen nacional como en el extranjero, por lo que será necesario su fortalecimiento continuo y explorar nuevas formas de cooperación y coordinación entre autoridades de competencia a nivel internacional.

PANORAMA DE LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Por: Eduardo Quintana y Cristina Urbina del INDECOPI

Con la creación del Instituto Nacional de Defensa de Competencia y Propiedad Intelectual -INDECOPI- en noviembre de 1992, empezó a aplicarse en forma efectiva el marco de política de competencia aprobado un año antes. Luego de casi seis años de funcionamiento de la Comisión de Libre Competencia -CLC- se ha avanzado en forma importante en la interpretación y aplicación a la realidad peruana de los principios de competencia. Hoy se reconoce la autoridad de la Comisión en los temas de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia y la importante función que ha venido realizando en el área de defensa de la competencia.

En este primer artículo, la intención es presentar un panorama del marco legal y algunas decisiones recientes de la Comisión. La descripción de los casos resueltos muestra el tipo de retos que enfrenta la aplicación del marco de competencia en el caso del Perú y la labor de difusión que aún queda por delante.

Legislación de Libre Competencia del Perú

Marco Regulatorio General

En primer lugar, la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, sobre control de prácticas restrictivas de la libre competencia, constituye referente normativo cuya aplicación resulta obligatoria en el ámbito nacional.

Por su parte, el régimen económico vigente en el Perú a nivel constitucional se encuentra regulado por los artículos 58 al 65 de la Constitución Política de 1993. Se ha establecido que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58). Igualmente que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional; además que la actividad empresarial pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal (artículo 60). La disposición específica sobre la protección de la libre competencia es la siguiente:

“Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 668 eliminó y prohibió todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción o comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluyendo las realizadas por el gobierno central, entidades públicas, empresas estatales y otros organismos o instituciones estatales. Además, estableció que el Estado no participa en comités, comisiones, asociaciones, juntas o entidades gremiales de similar índole que en ejercicio de sus funciones generen prácticas restrictivas, monopólicas u oligopólicas a la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 757 dispone que la libre iniciativa se ejerce en un marco de libre competencia, lo que implica que el establecimiento de precios es resultado del libre juego de la oferta y demanda. Igualmente, establece que los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos. Adicionalmente deroga toda reserva en favor del Estado, parcial o total, para la realización de actividades económicas o explotación de recursos naturales.

Legislación sobre Libre Competencia.

El Decreto Legislativo N° 701, Ley sobre eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia tiene como objetivo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio para los usuarios y consumidores. Es de aplicación a todas las transacciones relacionadas con bienes y servicios que se realicen dentro del territorio nacional, sin considerar el origen nacional o extranjero de la fuente de la conducta anticompetitiva (ámbito de aplicación objetivo). Se encuentran sujetas a su cumplimiento todas las personas naturales o jurídicas sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas;

incluyendo a las personas que ejerzan la representación y dirección de las empresas en cuanto participen de la decisión de realizar los actos prohibidos (ámbito de aplicación subjetivo).

El Decreto Legislativo N° 701 señala, a manera de cláusula general, que se encuentran prohibidas y serán sancionados el abuso de posición de dominio y las prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen de la libre competencia, que genere perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional.

Abuso de posición de dominio (artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701).

Por posición de dominio se entiende la situación en la cual una o varias empresas pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores como la participación significativa de las empresas en el mercado, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento, etc. (artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701).

Las modalidades de abuso expresamente contempladas son las siguientes: (i) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; (ii) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (trato discriminatorio); (iii) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos (“cláusulas de atadura”); (iv) Casos de efecto equivalente.

Prácticas restrictivas de la libre competencia (artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701).

Las prácticas restrictivas de la libre competencia, se entienden como los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o que puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Los supuestos recogidos expresamente son los siguientes: (i) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; (iii) El reparto de cuotas de producción; (iv) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (v) El trato discriminatorio; (vi) Las “cláusulas de atadura”; (vii) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o las ofertas de venta, de productos o servicios; (viii) La limitación o el control concertados de la producción, el desarrollo técnico o las inversiones; (ix) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas; (x) Casos de efecto equivalente.

Excepciones a las prácticas prohibidas.

Inicialmente, el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701 contemplaba la facultad de la Comisión para autorizar la existencia de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Dicho artículo señalaba que la Comisión de Libre Competencia –en adelante CLC– podría autorizar acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas restrictivas de la competencia, o categorías de las mismas, por ejemplo, cuando contribuyeran a mejorar la producción y comercialización o a promover el progreso técnico o económico, o cuando tuvieran por objeto la adecuación de la oferta a la demanda de manera temporal. Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo 788 (31 diciembre 1994) se derogó el artículo 7° antes mencionado.

Actualmente no se encuentra prevista ninguna excepción específica. Sin embargo, se admite que los casos de abuso de posición de dominio así como algunas modalidades de prácticas restrictivas, sean analizados bajo la *regla de la razón*.

Normativa sobre Concentraciones Económicas

La única regulación existente en el Perú sobre esta materia es el Decreto Supremo N° 27–95–ITINCI (19 octubre 1995). Dicha norma establece un régimen de control de concentraciones en el sector eléctrico. Según este decreto se considera infracción al Decreto Legislativo N° 701 si dentro de un mismo sistema interconectado, las personas que controlan una empresa con posición dominante, titular de una concesión o autorización de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica, son socios o poseen el control de otra empresa dedicada a las mismas actividades, o cuando dicha empresa se fusiona o se asocia con otra del mismo ramo.

Organos de Aplicación

El órgano administrativo encargado de la aplicación de la normativa de competencia es el INDECOPI, a través de la CLC y la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

La CLC es un organismo que forma parte del INDECOPI. Goza de autonomía técnica y administrativa, y tiene como función el velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo N° 701. Está integrada por seis miembros titulares.

La Secretaría Técnica, es un organismo ejecutivo dependiente de la CLC, se encuentra encargada de llevar adelante las investigaciones requeridas para determinar la existencia de prácticas anticompetitivas. Conoce en primera instancia administrativa los procedimientos por infracción al Decreto Legislativo N° 701.

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, conoce en segunda y última instancia administrativa los procedimientos por infracción al Decreto Legislativo N° 701. Se encuentra conformada por seis vocales.

Por otro lado, existe un organismo estatal que goza de funciones exclusivas para regular el proceso de libre competencia en materia de servicios públicos de telecomunicaciones. Se trata del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL creado por la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo 013-95-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones), está encargado de regular el comportamiento de las empresas operadoras, así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas. Dentro de sus funciones se encuentra el mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los prestadores de servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido. OSIPTEL está encargado de resolver las controversias que surjan entre empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia señaladas en dicha Ley.

Procedimientos

Los procedimientos pueden ser iniciados de oficio por la Secretaría Técnica o a solicitud de parte. Las acciones contra las infracciones al Decreto Legislativo N° 701 prescriben a los cinco (5) años de cometidas éstas.

La Secretaría notifica al presunto responsable de las conductas investigadas enumerando los hechos que se le imputan si estima que existen indicios razonables de violación al Decreto Legislativo N° 701. El plazo para la contestación de los cargos es de 15 días hábiles; durante este período otras partes con legítimo interés pueden apersonarse al proceso. Dentro del plazo de contestación, él o los denunciados pueden ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados o la modificación de los mismos. Esta propuesta es evaluada por la Secretaría y, de considerarse conveniente, presentada ante la Comisión que aprueba o desaprueba la propuesta.

Vencido el plazo de contestación de la denuncia se inicia el término probatorio que consta de 30 días útiles. Vencido el término probatorio la Secretaría Técnica emite un informe sobre los extremos de la denuncia sugiriendo las medidas y sanciones a adoptarse, de ser el caso. La CLC, una vez recibido el informe de la Secretaría, cuenta con 5 días hábiles para pronunciarse. Las decisiones de la Comisión son apelables ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Las resoluciones emitidas por dicho Tribunal podrán ser impugnadas en vía judicial (contencioso administrativo) ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. A su vez, la sentencia que dicte esta Sala podrá ser apelada ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Sistema de Sanciones

El Decreto Legislativo N° 701 sólo ha regulado expresamente las sanciones pecuniarias que puede imponer la CLC, pero esto no implica que sean las únicas sanciones que puede imponer.

La cuantía de las multas se determina en función a: (i) La modalidad y el alcance de la conducta prohibida; (ii) La dimensión del mercado afectado; (iii) La cuota de mercado de la empresa sancionada; (iv) El efecto de la conducta prohibida sobre los competidores, los consumidores y otros participantes en el mercado; (v) La duración de la restricción de la competencia; (vi) La reiteración de la conducta prohibida.

El Decreto Supremo 13-94-ITINCI (19 julio 1994) aprobó una escala de multas por infracciones al Decreto Legislativo N° 701, dividiéndolas en dos tipos, graves y muy graves. La multa máxima era el equivalente a 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).³¹ El Decreto Legislativo N° 807 modificó la escala de multas elevándola

¹ La Unidad Impositiva Tributaria (UIT) es un monto referencial que fija el Ministerio de Economía y Finanzas para uniformizar y facilitar la aplicación de las tasas y multas tributarias. Es utilizada por la Administración Pública también como monto referencial. En la

hasta un máximo equivalente a 1000 UIT, siempre que no exceda del 10% de las ventas o ingresos brutos del infractor en el ejercicio anterior, o superior a las 1000 UIT, siempre que no supere el 10% antes referido, cuando se trate de infracciones calificadas como muy graves. Esta última norma estableció que en caso de reincidencia la CLC puede duplicar la multa, incrementándola sucesiva e ilimitadamente.

La Comisión también puede imponer una multa no menor de 10 ni mayor de 100 UIT en caso de no ser acatadas las medidas cautelares que dicte dentro del procedimiento. En caso de persistir el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicándola sucesiva e ilimitadamente hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada.

Igualmente, la Comisión puede sancionar con una multa no menor de 01 ni mayor de 50 UIT a quien proporcione información falsa, oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que se le haya requerido, o sin justificación incumpla los requerimientos de información, se niegue a comparecer o mediante violencia o amenaza impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión. Esta multa podrá duplicarse sucesivamente en caso de reincidencia.

La CLC podrá ordenar el pago de costas personales originadas por el procedimiento a quien haya solicitado una investigación de forma maliciosa o sin motivo atendible.

Por otra parte, cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por el Decreto Legislativo N°701 podrá ejercitar la acción civil de indemnización por daños y perjuicios. También podrá ejecutar dicha acción quien haya sido denunciado falsamente.

Recursos Impugnatorios

Los recursos impugnatorios que se pueden interponer contra las decisiones de la CLC son los siguientes: (I) Recurso de Reconsideración para que la CLC reconsidere su decisión; (ii) Recurso de Apelación para que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI confirme, modifique o revoque, en todo o en parte, la decisión de la Comisión.

Resoluciones de Mayor Importancia de la Comisión

1. Denuncia presentada por la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. contra Minsur S.A., por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de satisfacer demandas de compra de estaño concentrado.

La denunciante es una empresa dedicada a la industria metal mecánica, entre sus actividades está la refinación de estaño, para la cual requiere proveerse de estaño concentrado. Minsur es el único productor nacional de estaño concentrado, sus minas se ubican en el departamento de Puno.

Por otro lado, Bolivia es un país productor de estaño que ha suscrito con el Perú un acuerdo bilateral para la aplicación de arancel cero en la importación de dicho producto. Asimismo, la diferencia entre los costos del transporte del estaño desde Bolivia con respecto al costo de transporte del mismo producto desde las plantas de Minsur no es de importancia debido a la cercanía entre las minas de Minsur y las bolivianas. De acuerdo con la información proporcionada por los competidores nacionales de la denunciante, el concentrado de estaño boliviano es un sustituto adecuado con relación al producido por Minsur. Además, según información de Aduanas, durante el periodo analizado no existieron importaciones de concentrados de estaño proveniente de países distintos a Bolivia. Por estas razones, el ámbito geográfico del mercado relevante en este procedimiento fue definido como el Perú y Bolivia.

La Comisión de Libre Competencia en su Resolución N°066-96-INDECOPI/CLC declaró infundada la denuncia, sosteniendo que la empresa denunciada no gozaba de posición de dominio en el mercado.

Criterios de interpretación:

- *Para determinar un mercado relevante primero se debe identificar un producto y sus sustitutos, para luego delimitarlo geográficamente.*
- *El mercado geográfico relevante es el espacio físico territorial en donde se desarrollan las relaciones comerciales de las empresas involucradas, en condiciones comparables en términos de arancel, fletes y cualquier otra restricción al comercio. En los casos de prácticas anticompetitivas, el mercado geográfico relevante se define frecuentemente en relación al área en que el abuso tiene efecto y en la que se*

encuentran situadas las personas o empresas afectadas por el mismo. Dependiendo de los casos, el mercado geográfico relevante puede abarcar más allá de los límites de un país o, por el contrario, circunscribirse a una región dentro de un país determinado.

2. Denuncia presentada por la Asociación Editorial Bruño y otros, contra ocho empresas miembros del Comité de Fabricantes de Equipos y Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias - SNI y contra el Ministerio de Educación, por presunto abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia.

El Ministerio de Educación realizó adquisiciones de material y equipo didáctico a través de licitaciones públicas en las que consecutivamente resultaron ganadoras varias de las empresas denunciadas.

Los denunciantes señalaron un presunto trato discriminatorio por parte del Ministerio de Educación, pues afirmaron que las empresas denunciadas tenían información confidencial sobre las bases administrativas de las licitaciones antes de su publicidad y, de esta forma, se preparaban para cumplirlas con anticipación frente a los demás postores. Asimismo, se denunció un presunto reparto del mercado entre los denunciados, dado que éstos se presentaban acordando previamente quien ganaría la licitación. Finalmente, se denunció un presunto abuso de posición de dominio de los miembros del Comité de la SNI por negar injustificadamente el ingreso de las denunciantes a dicho Comité.

En tal sentido, los actos denunciados referidos a irregularidades en los procesos de adquisición de bienes por el Ministerio de Educación, en tanto suponían la determinación de la responsabilidad de los funcionarios involucrados, no son de competencia de la Comisión por cuanto existen procedimientos administrativos especiales para sancionar dichas conductas.

Por otro lado, a criterio de la Comisión, la supuesta negativa injustificada de admitir como miembros del Comité de la SNI a varias de las denunciantes, no constituía un abuso de posición de dominio, pero podía calificarse como un boicot. Sin embargo, esta figura sólo se presentaría si la membresía a dicho Comité fuera un requisito para acceder a un mercado, lo cual no sucedía. Finalmente, en cuanto al presunto reparto de mercado, no se acreditó dicha situación durante el procedimiento.

La Comisión de Libre Competencia, en su Resolución N° 067-96-INDECOPI/CLC, decidió inhibirse de conocer sobre el presunto trato discriminatorio y remitió copia de lo actuado al Ministro de Educación y a la Contraloría General de la República, declarando, por otro lado, infundada la denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de reparto de mercado y boicot.

Criterios de interpretación:

- *El Estado como adquirente de bienes y servicios está sujeto a las normas del Decreto Legislativo N 701.*
- *Si bien la regla es que no existan acuerdos restrictivos entre empresas vinculadas, siempre se debe aplicar la regla de la razón a los actos realizados por dichas empresas, determinando si existió o no daño al mercado, ya que, si se han beneficiado de las ventajas de la autonomía jurídica para actuar separadamente en el mercado, no pueden alegar la unidad económica para incumplir las obligaciones impuestas por el Derecho de la Competencia a las empresas independientes.*
- *La negativa a admitir a un nuevo miembro en un acuerdo o en una asociación puede considerarse un boicot cuando el acuerdo o la asociación controla el acceso a una actividad económica importante, en estos casos, los requisitos de ingreso que se establezcan deben obedecer a criterios objetivos*

3. Denuncia presentada por Carlos León Madalengoitia contra la doctora química farmacéutica Estela Vargas y contra el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio consistente en la fijación de un “sueldo básico” o “remuneración mínima” para los profesionales del Colegio. La Secretaría Técnica amplió de oficio la investigación respecto del Colegio Químico Farmacéutico del Perú, por fijar el “honorario o sueldo mínimo” para los profesionales de los Colegios Químicos del país.

Se comprobó que la química farmacéutica denunciada ejercía su profesión de forma dependiente, razón por la cual se consideró que sus actos o conductas en dicha calidad estaban fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701 y, por tanto, la Comisión carecía de competencia para conocer tales conductas o actos.

Por otro lado, se verificó que el Estado había venido regulando el sueldo mínimo para los profesionales químicos farmacéuticos que trabajaban en el sector privado de acuerdo a la remuneración que percibía un

profesional en el sector público. En tal sentido, la ley de creación del Colegio Químico Farmacéutico del Perú otorgó a dicha institución facultades para recomendar honorarios mínimos. Sin embargo, en concordancia con las normas de libre competencia debe entenderse que las facultades del Colegio se limitan a dar su opinión al órgano estatal encargado de fijar el sueldo mínimo para los profesionales dependientes en el sector privado. En consecuencia, una recomendación de honorarios para los profesionales que ejercen de forma independiente, es decir aquellos que califican como empresas, esta prohibida por el Decreto Legislativo N° 701.

La Comisión, en su Resolución N° 068-96-INDECOPI/CLC, declaró improcedente la denuncia por cuanto los denunciados no participaron en prácticas restrictivas de la libre competencia, mientras que declaró fundada la investigación contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú por haber incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia, imponiendo una multa de dos UITs.

Criterio de interpretación:

- *La actuación independiente de cualquier profesional en cuanto prestadores de servicios, se encuentra, en principio, dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N°701. En tal sentido, acciones como la determinación o recomendación del precio de los servicios profesionales, por parte de una entidad que agrupe a un conjunto de dichos profesionales – colegios profesionales– así como el establecimiento de restricciones territoriales al ejercicio de la profesión, o al desarrollo y contenido de la publicidad, podrían ser objeto de las sanciones establecidas en el referido dispositivo legal.*

4. De oficio contra empresas avícolas y la organización gremial que las agrupa por concertación de precios en el mercado del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao.

Por Resolución N° 069-96-INDECOPI/CLC con fecha 13 de setiembre de 1997, la Comisión de Libre Competencia acordó iniciar una investigación de oficio en contra de la Asociación Peruana de Avicultura y de diversas empresas del sector avícola, por presunta concertación del precio del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao entre mayo de 1995 y julio de 1996, entre otras imputaciones.

Durante el procedimiento se llegó a demostrar que en las reuniones gremiales se acordó una serie de medidas para afrontar la sobreproducción y evitar la caída del precio del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, medidas tales como disminuir la crianza de pollos, estandarizar su peso promedio, congelar el pollo que superara el peso establecido, eliminar reproductoras y reducir la oferta de huevos fértiles. También se demostró que paralelamente se acordó establecer barreras comerciales al acceso de pollo beneficiado importado. Al respecto se debe indicar que en el mercado de Lima el pollo se comercializa mayormente vivo debido a los patrones de consumo de los pobladores o también a la diferencia de precios entre el pollo comercializado vivo y el beneficiado. Más 80% se comercializa vivo, siendo beneficiado artesanalmente por el vendedor minorista, el resto se comercializa ya beneficiado, ya sea fresco o refrigerado o, en mucho menor proporción, congelado.

Asimismo se comprobó que existieron acuerdos posteriores para manipular el precio del pollo comercializado vivo, incluso acordándose bajar el precio para así eliminar más rápidamente los excedentes y luego volver a elevar el precio artificialmente, tal como sucedió en 1996 cuando se decidió reducir concertadamente el precio del pollo junto con la realización de una campaña publicitaria para incentivar el consumo y facilitar así la reducción del precio hasta eliminar los excedentes de producción; luego el precio fue elevado también concertadamente.

La Resolución N 001-97-INDECOPI/CLC que finalizó dicha investigación de oficio en primera instancia estableció el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

- a) Las asociaciones gremiales y el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N 701:** Las entidades gremiales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N°701 en tanto su actuación incide –directa o indirectamente– en el desarrollo de las actividades económicas de sus agremiados. En tal sentido, se encuentran obligadas a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia.

Si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia prohibida por el artículo 3° y 6° del Decreto Legislativo N° 701 si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado.

Igualmente, pueden incurrir en prácticas prohibidas por los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo N°701 cuando, de cualquier modo, instrumentan, divulgan, notifican, controlan, realizan o financian cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo o decisión anticompetitivos adoptados en su interior por las empresas miembros del gremio.”

a) Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia: La Comisión considera que la colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable sin provocar objeciones desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. En tal sentido, sin que ello implique un prejuzgamiento de la interpretación del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, y sin constituir una enumeración limitativa, la Comisión considera que los siguientes acuerdos no restringen necesariamente la competencia:

- *Los acuerdos entre empresas que tienen como único objeto conseguir en común aquellas informaciones que las empresas requieren para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina –directa o indirectamente– o la libertad de éstas queda limitada, puede configurarse una restricción a la competencia. Por otro lado, el intercambio y la difusión de información a través de organizaciones gremiales referente a producción y ventas no presenta objeción alguna, si se trata de cifras agregadas donde no se identifica a las empresas y se encuentran a disposición de todas las empresas del sector y público en general.*
- *Los acuerdos que tengan como único objeto la exportación en conjunto, siempre y cuando no constituyan la base para la fijación de precios o de otras prácticas restrictivas que lesionen la competencia en el mercado interno.*
- *Los acuerdos que tengan como único objeto la realización de publicidad en común sobre determinados productos de una rama o identificados por una marca común. Sin embargo, puede existir una restricción de la competencia cuando constituye mecanismo para facilitar la puesta en práctica de acuerdos de fijación de precios o de otras prácticas restrictivas, o cuando se impida a las empresas llevar a cabo individualmente su propia publicidad o cuando se les impongan otras restricciones*

PORTUGAL - AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA EXECUÇÃO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA

**Pelo Doutor Azeem Bangy, Subdirector Geral
Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência**

No que respeita aos órgãos institucionais encarregados de dar execução à política de concorrência, uma análise comparativa dos sistemas em vigor nos diferentes países, permite-nos verificar, que em nenhum deles é confiada a aplicação da legislação da concorrência exclusivamente às jurisdições de direito comum.

Regra geral é um organismo administrativo especializado do tipo “Comissão” ou “Conselho” que, complementado, em maior ou menor grau, pela Administração e/ou por uma Comissão Consultiva, se encarrega da aplicação das normas relativas à Defesa da Concorrência.

A explicação para esta opção funda-se no facto de que a aplicação das regras de concorrência raramente se limita a um raciocínio puramente jurídico, assumindo inegável importância a tomada em consideração dos aspectos económicos da situação, designadamente a dinâmica concorrencial do sector e os reais efeitos sobre a competitividade do mercado.

Esta circunstância a par com necessidade a celeridade na apreciação dos casos concretos, reforçam a escolha de um organismo administrativo em detrimento dos tribunais.

Contudo, e dado que esse organismo administrativo desempenha um papel, de alguma forma, paralelo ao dos tribunais, constituiu também regra incluir na composição daquele, e em posição relevante, magistrados, que assim fornecem a indispensável componente judicial que, no entanto, não impede que das suas decisões seja interposto recurso junto dos tribunais judiciais.

A Lei da Defesa da Concorrência nacional também atribui a competência para aplicar o regime da concorrência a duas autoridades administrativas distintas: a **Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência - DGCC-** e o **Conselho da Concorrência**. Assim, enquanto à DGCC pertence a actividade de averiguação e investigação com finalidade de verificar a existência das infracções, e, através da recolha de provas, reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação, ao Conselho da Concorrência é deferida a competência para decidir conforme dispõe o artº 13 nº 1 alínea a) do DL nº 371/93.

Tendo a DGCC iniciativa para instruir, não tem contudo competência exclusiva, dado o disposto no nº 2 do artº 26º que determina que o Conselho da Concorrência poderá realizar directamente (ou através da DGCC) as diligências complementares da instrução. Contudo, esta atribuição de poderes de instrução ao Conselho da Concorrência deverá ser inserida no quadro legal de repartição de competências estabelecidas, pelo que, sendo o Conselho da Concorrência, por excelência, um órgão de natureza eminentemente decisório, essa situação apenas pode ser interpretada como acessória da competência própria e primacial que pertence à DGCC.

No que respeita às **operações de concentração** das empresas, a notificação prévia será dirigida à Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência a quem compete proceder à instrução do procedimento respectivo a remeter o processo ao ministro responsável pela área do comércio (artº 30º e 31º). Nos termos do artº 34º a decisão nesta matéria pertence ao ministro responsável pela área do comércio. Contudo em casos de autorização sob condições e obrigações ou proibição da operação de concentração as decisões revertirão a forma de Despacho Conjunto com o ministro da tutela das actividades económicas afectadas e após o parecer do Conselho da Concorrência.

Das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso nos termos do artº 28º para o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, enquanto os recursos contenciosos das decisões de injunção e oposição ministeriais são dirigidos ao Supremo Tribunal Administrativo (artº 35º).

Elaborado este quadro geral das competências, procede-se a uma análise mais detalhada das competências da Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência em matéria de instrução de processos de contra-ordenação por infracção às regras da concorrência, quer por aplicação da legislação nacional quer por aplicação da legislação comunitária da concorrência. O diploma base português da defesa da concorrência atribui à DGCC as

competências cometidas às autoridades dos Estados-membros pelos regulamentos fundados no artº 87 do Tratado que institui a Comunidade Europeia, designadamente pelo Regulamento (CEE) nº 4064/89, do Conselho de 21/12 .

No âmbito da sua competência instrutória, estabelece o artº 23 no seu nº 1, que a DGCC goza dos mesmos direitos e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal, podendo, designadamente:

- a) Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;
- b) Inquirir os representantes legais de outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação;
- c) Proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame e recolha de cópias ou extractos da escrita e demais documentação que se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;
- d) Requerer a quaisquer outros serviços da Administração Pública, incluindo os órgãos de polícia criminal, através dos respectivos gabinetes ministeriais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções.

O nº 3 do mesmo artigo estabelece que os funcionários da Direcção-Geral que no exterior efectuarem as diligências previstas nas alíneas a) e b) deverão ser portadoras de uma credencial emitida pelo Director-Geral do Comércio e da Concorrência, enquanto que para os efeitos da alínea c) que envolve acções de busca e apreensão deverão adicionalmente munir-se do despacho autorizador da autoridade judiciária. Este despacho deverá ser solicitado previamente pelo Director-Geral do Comércio e da Concorrência em requerimento devidamente fundamentado, devendo aquela decisão ser proferida no prazo de 48 horas.

Os agentes económicos objecto destas diligências estão obrigados a fornecer os elementos solicitados e a prestar declarações sob pena de incorrerem em contra-ordenações puníveis com coimas previstas nos nºs 4 e 5 a) do artº 37º do DL nº 371/93, de 29/10. No que respeita às operações de concentração autorizadas com fundamento em informações falsas, está previsto um procedimento especial (artº 36º) que incumbe a DGCC iniciar officiosamente um procedimento com vista a proibir a concentração com conseqüente separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo sem prejuízo da aplicação de uma coima conforme previsto no artº 37 nº 3 da alínea d). Além de que nos termos do artº 7º nº 4, os negócios jurídicos celebrados são tidos por ineficazes por falta de autorização expressa ou tácita da concentração.

Por seu lado a Direcção-Geral está obrigada nos termos do artº 25º, nº 2 do DL nº 371/93 a acautelar os interesses legítimos das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócios.

Igualmente o artº 19 reforça a protecção assegurada às empresas ao estabelecer nos seus números 1 e 2 que tanto a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência como os membros do Conselho da Concorrência ficam obrigados a guardar o mais rigoroso sigilo e sujeitos às regras de confidencialidade aplicáveis aos funcionários do Estado relativamente aos factos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções.

“ANÁLISIS DE UN CASO DE AYUDAS ESTATALES EN LA UNIÓN EUROPEA”

Por José Luis Calvo de Celis, Administrador Principal
Dirección General de Competencia - Comisión Europea

CONFERENCIA PRONUNCIADA EL 21/5/1997 DENTRO DEL SEMINARIO
“POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN EL MERCOSUR”

Introducción a la normativa de la UE en materia de intervenciones publicas a favor de empresas.

En el apartado 1º, del artículo 92 del Tratado CE se establecen las condiciones según las cuales una medida estatal o pública queda sometida a las restricciones en materia de competencia. La definición de ayuda estatal¹ establece cuatro características que deben cumplirse simultáneamente para que una medida estatal sea considerada ayuda pública :

- debe ser otorgada por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma.
- debe favorecer determinadas empresas o producciones.
- debe falsear o amenazar de falsear la competencia.
- debe afectar a los intercambios entre los Estados miembros.

Las ayudas estatales que cumplan estas cuatro condiciones son consideradas incompatibles con el mercado común. Sin embargo hay excepciones a esta regla ya que, en las condiciones establecidas en los apartados 2º y 3º del mismo artículo, algunas son compatibles y otras pueden ser compatibles respectivamente. En concreto las dos excepciones más utilizadas son las establecidas en la letra a) del apartado 3º (ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo) y las establecidas en la letra c) del apartado 3º (ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios de una manera contraria al interés común).

Introducción al caso de la empresa “hytasa”.-

Creada en Sevilla (España) en 1937 por un empresario privado, la empresa “Hilaturas y Tejidos Sociedad Anónima” (en lo sucesivo HYTASA) era un fabricante de productos de algodón (desmotado, hilado, tejido, acabado y corte) y de lana (hilado, tejido y acabado). En 1982, las grandes pérdidas de la empresa provocan que el Estado español a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Economía y Hacienda (en lo sucesivo Patrimonio del Estado) adquiriera el 100% del capital pasando así la empresa al sector público.

Entre 1982 y 1986 (fecha de la incorporación de España a la Unión Europea), HYTASA recibió 6.600 millones de Pesetas para financiar un plan de reestructuración a través de un programa estatal de ayuda sectorial y mediante aportaciones de capital de su accionista : Patrimonio del Estado.

A partir de 1986 y hasta 1990, la empresa recibió, por un lado, aportaciones en capital de su accionista por un total de 7.100 millones de Pesetas y, por otro, 4.582 millones de Pesetas como producto de la venta de activos improductivos.

En 1990, el Patrimonio del Estado decide vender su participación en HYTASA a inversores privados. Mediante el contrato de venta se determina que el Patrimonio del Estado aportará previamente un capital de 4.300 millones de Pesetas y posteriormente venderá HYTASA por un precio de 100 millones de Pesetas.

¹ Se utiliza en esta exposición el término “ayuda estatal” en lugar de otros como “subsidio” no sólo por que es el término utilizado en el Tratado CE sino porque corresponde a una definición muy precisa (la del apartado 1º, artículo 92) que le da un carácter más amplio que el de subsidio pues engloba además de las medidas públicas positivas o activas (subsidios) a favor de una empresa aquellas pasivas como por ejemplo la renuncia a percibir dividendos de las empresas publicas o las que impliquen un gasto fiscal

Síntesis de la aplicación del procedimiento de control en materia de competencia de las intervenciones estatales a favor de la empresa "hytasa".

Procedimiento de investigación preliminar.

Tras recibir una queja de un competidor de HYTASA, la Comisión² abrió una investigación preliminar sobre las aportaciones de capital que el Patrimonio del Estado había realizado en HYTASA a partir de 1986³. Al final de esta investigación se comprobó que la queja era fundada y que las intervenciones públicas a favor de HYTASA susceptibles de entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1º, del artículo 92 podían ser :

- las aportaciones de capital por un importe de 7.100 millones de Pesetas,
- la venta de activos improductivos por un importe de 4.582 millones de Pesetas en la medida en que no se hubiera realizado en condiciones de mercado,
- la infravaloración del precio de venta de la participación del Patrimonio del Estado por un importe de 4.200 millones de Pesetas correspondientes a la aportación de capital de 4.300 millones de Pesetas menos los 100 millones de Pesetas pagados por el adquirente.

Por otra parte la Comisión afirmaba que, en principio, estas intervenciones públicas no parecían estar destinadas a financiar un plan de reestructuración de HYTASA susceptible de permitirle el retorno a la rentabilidad. En consecuencia la Comisión decidió, en 1990, incoar el procedimiento establecido en el apartado 2º del artículo 93 (véase una copia de esta decisión en el anexo).

Procedimiento de investigación formal por parte de la Comisión.

Después de invitar a todos los interesados a presentar las alegaciones pertinentes mediante la publicación de la decisión citada en el Diario Oficial, la Comisión tomó en 1992 una decisión final (véase una copia de esta decisión en el anexo) que en resumen establecía que :

- las intervenciones públicas a favor de HYTASA enumeradas en la decisión de incoar el procedimiento (véase el punto 3.1), excepto la venta de activos improductivos que se considera que se realizó en condiciones de mercado, son ayudas de Estado en los términos del apartado 1º, del artículo 92 ya que en esencia el comportamiento del Patrimonio del Estado no fue el de un inversor privado actuando en una economía de mercado y por otra parte el mantenimiento de HYTASA en un mercado competitivo que padecía dificultades en el ámbito de la UE distorsionaba la competencia y afectaba a los intercambios entre los Estados miembros.
- las intervenciones públicas en cuestión son ilegales pues se han ejecutado sin respetar el procedimiento previsto en el apartado 3 del artículo 93 que establece que el Estado miembro notificará a la Comisión cualquier proyecto de ayudas y que no lo ejecutará antes de que la Comisión se haya pronunciado sobre su compatibilidad con el mercado común.
- la aportación de 7.100 millones de Pesetas realizada durante el periodo 1986-1988 fue destinada a financiar medidas de reestructuración destinadas esencialmente a encajar el impacto de la incorporación de España a la UE y no a mantener artificialmente una empresa que obtenía pérdidas. En consecuencia estas ayudas podían considerarse compatibles en aplicación de la excepción de la letra c), del apartado 3, del artículo 92.
- la aportación de 4.200 millones de Pesetas realizada con el fin de facilitar la privatización es incompatible con el mercado común ya que a la misma no pueden aplicarse ninguna de las excepciones del artículo 92. Esta ayuda debe reembolsarse por la empresa con los correspondientes intereses de demora.

Procedimiento de control del Tribunal de Justicia Europeo de las decisiones de la Comisión.

Mediante recurso presentado ante el Tribunal de Justicia el 19/3/1992, el Estado miembro solicitó la anulación de la parte de la decisión en la que se consideraba que ciertas ayudas eran incompatibles. Mediante sentencia del 14/9/1994 (véase una copia de esta sentencia en el anexo), el Tribunal de Justicia aceptó el recurso y en consecuencia anuló la decisión de la Comisión.

En resumen, la sentencia establece que :

- aunque el Estado miembro notificó algunas ayudas antes de ejecutarlas no espero sin embargo a que la Comisión se pronunciara sobre la compatibilidad de las mismas y, en consecuencia, se trata por tanto de ayudas ilegales.

² Comisión Europea : órgano responsable de la aplicación de la política de defensa de la competencia en materia de ayudas de Estado.

³ Las aportaciones anteriores a la incorporación de España a la UE no estaban sometidas obviamente a la disciplina de ayudas estatales del Tratado CE.

- la actuación del Patrimonio del Estado respecto de HYTASA es una ayuda de Estado en los términos del apartado 1º del artículo 92. Por tanto, la Comisión empleó correctamente el criterio del “inversor privado actuando en una economía de mercado” cuando calificó como ayudas de Estado las aportaciones de capital a HYTASA ya que el Tribunal estima que la actuación del Patrimonio del Estado no fue equivalente a la de un inversor privado. Además, el Tribunal no acepta el argumento del recurso según el cual la privatización, en las condiciones citadas, era la solución menos onerosa para el Estado ya que se debe distinguir entre las obligaciones del Estado como poder público y las obligaciones del Estado como accionista. Tampoco acepta el Tribunal que las modestas dimensiones, en el ámbito de la UE, de la producción de HYTASA impliquen que la intervención del Patrimonio del Estado no afecte a los intercambios ni a la competencia.
- en cambio el Tribunal estima que la Comisión no justificó suficientemente que la excepción de la letra a), del apartado 3º, del artículo 92 no era aplicable en este caso. Al tratarse de una empresa localizada en una región con un bajo nivel de vida en la cual la Comisión ha reconocido que las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo regional pueden ser compatibles con el mercado común en aplicación de dicha excepción, el Tribunal estima que la Comisión no motivó de forma concluyente que la contribución de la ayuda al desarrollo regional fuese insuficiente para compensar la distorsión de competencia en el sector correspondiente. En concreto, la Comisión olvidó la demostración de que el plan de reestructuración ligado a la privatización no fuera capaz de restablecer la rentabilidad de la empresa.

Resumen de las principales cuestiones planteadas en este caso.

Carácter de ayuda de una aportación pública de capital a una empresa.

El Tratado CE no discrimina entre las empresas según que su capital sea privado o público. Por tanto, una aportación de capital del Estado accionista a una empresa pública no es “per se” una ayuda de Estado. El criterio para determinar si esta acción entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1º del artículo 92 y, por tanto, si es una ayuda es el de si, en circunstancias similares, un inversor privado actuando en condiciones normales en una economía de mercado hubiera hecho una aportación de capital de igual cuantía.

Afectación de los intercambios entre los Estados miembros incluso si la empresa beneficiaria de la ayuda pública no participa en los mismos.

Dado que en ese caso la empresa si participa en el mercado interior su mantenimiento, gracias a las ayudas, limita las posibilidades de otras empresas de exportar a ese Estado.

Aplicación de la excepción de la letra a), del apartado 3º, del artículo 92 a una ayuda ad hoc es decir sin que forme parte de un programa de desarrollo regional.

La Comisión no puede excluir la aplicación de esta excepción a una ayuda por el único hecho de que no forme parte de un programa de desarrollo regional.

Aplicación de la excepción de la letra c), del apartado 3, del artículo 92 a ayudas destinadas a financiar un plan de reestructuración.

El requisito imprescindible para la aplicación de esta excepción es que dicho plan permita el retorno de la empresa a la rentabilidad. Además, el plan debe basarse en los esfuerzos internos de la empresa para disminuir costes no en factores exógenos. Por último, el plan debe comportar una reducción de capacidad y/o de partes de mercado de la empresa en beneficio de sus competidores para compensarles de la distorsión de competencia creada por las ayudas.

Devolución de una ayuda declarada incompatible.

Dicha devolución esta destinada a restablecer la situación anterior y no puede considerarse desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado incluso en el caso en que la devolución implique la quiebra de la empresa.

Jose-Luis.Calvo-de-Celis@dg4.cec.be

PAGINAS WEB

CADE (Brasil):	http://www.mj.gov.br:cade:hmpg.htm
IRELA:	http://www.irela.org
CFC (Mexico):	http://cfc.gob.mx
Indecopi (Peru):	http://www.rcp.net.pe/INDECOPI/indeco.htm
SELA:	http://www.sela.org
Parlamento Europeo :	http://www.europarl.eu.int
Comisión Europea - DGIV:	http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm

LISTA DE PUBLICACIONES Y ESTUDIOS

- 1- REVISTA DE DERECHO ECONÓMICO - Trimestal Editada pelo CADE-Conselho Administrativo de Defesa Económica - e-mail: cade@mj.gov.br
- 2- REVISTA DO IBRAC (CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA e CADERNO DE LEGISLAÇÃO - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - São Paulo
- 3- REVISTA DO IBRAC (DOCTRINA, JURISPRUDÊNCIA, LEGISLAÇÃO) - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - São Paulo
- 4- INSTITUTO DE RELACIONES EUROPEO-LATINOAMERICANAS - Madrid
e-mail: info@irela.org
- 5- DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE PRO-COMPETENCIA (1966) - Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia - Caracas
- 6- INFORME ANUAL DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA (Segundo semestre de 1996)
Comisión Federal de Competencia - México - e-mail: correo@cfc.gob.mx
- 7- INDECOPI-Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual - Perú (e-mail: postmaster@indecopi.ob.pe) :
-MEMORIA ANUAL DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA
-RESOLUCIONES E INFORMES TÉCNICOS
-BOLETÍN DEL INDECOPI (Bimensual)
8. SELA-Sistema Económico Latinoamericano (e-mail: dresela@trne.net)
-CATALOGO DE PUBLICACIONES: Informes de Reuniones, Publicaciones - Libros, Desarrollo Social, Relaciones con Países y Grupos de Países, Cooperación e Integración Regional
-NOTAS ESTRATÉGICAS - Mensual
-ANTENA DEL SELA EN LOS ESTADOS UNIDOS
- 9- INSTITUTO DE ESTUDIOS DEL LIBRE COMERCIO-IDELCO - Papeles del Indelco - LA LEY DEL COMERCIO Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS - Secretario General José Eugenio Soriano. e-mail: idelco@mad.servicom.es
- 10- BANCO MUNDIAL-OCDE - LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA GLOBAL: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA - Octubre 1996)
- 11- COMISIÓN EUROPEA:
- XXVI Informe Anual sobre la Política de Competencia (1996) (ISBN: 92-828-0298-1)
- Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas - Volumen IIB - Explicación de las normas aplicables a las ayudas estatales (ISBN: 92-827-9660-4)
- Derecho de la Competencia en las Comunidades Europeas - Volumen IIIA - Normas internacionales (ISBN: 92-827-7632-8)
- Competition Policy Newsletter (number 1 volume 3 - Spring-1997)
- DO n° L 180 del 9.7.1997, pg. 1 - Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997,

por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas.