

ÍNDICE

PARTE 1

EDITORIAL	2
ARGENTINA:	LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS PYMES	
	<i>Por: Jorge Bogo</i>3
	EL ABUSO EXPLOTATIVO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA	
	<i>Por: Lucas Grosman y Tomás Serebrisky</i>15
	LA DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA DENTRO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA (LEY 25.156).-	
	<i>Por: Marcelo Quaglia</i>24
	COMENTARIOS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ARGENTINA	
	<i>Por: Guillermina Tajan</i>40
BRASIL:	THE INTERACTION BETWEEN TRADE AND COMPETITION POLICIES: TOWARDS THE PROCESS OF TRADE LIBERALISATION AND GLOBAL COMPETITION RULES	
	<i>Por: Danielle S. Borgholm</i>47
	A INTEGRAÇÃO DO MERCADO COMUM E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O EXEMPLO EUROPEU	
	<i>Por: Karla Christina Martins Borges</i>66
	COMPETITION ADVOCACY IN BRAZIL – RECENT DEVELOPMENTS	
	<i>Por: Claudio Monteiro Considera e Mariana Tavares de Araújo</i>72
	O DUMPING NO MUNDO GLOBALIZADO	
	<i>Por: Tiago Jundi Pinheiro e Paloma Pestana Ramos</i>79
	VÉASE PART 2	
COLOMBIA:	FUSIONES Y CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DENTRO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO COLOMBIANA	
	<i>Por: Mauricio Velandia</i>85
GUATEMALA:	POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN CENTRO AMÉRICA DESARROLLOS NACIONALES Y EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN	
	<i>Por: Edgar Reyes Escalante</i>104
MÉXICO:	INTERCAMBIO DE INFORMACION ENTRE COMPETIDORES Y PRACTICAS ABSOLUTAS	
	<i>Por: Adriaan Ten Kate y María del Carmen Dirico</i>108
PERU:	APUNTES PARA EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE UNA AGENCIA DE COMPETENCIA MODERNA	
	<i>Por: Carlos Alza Barco</i>131
	EL INDECOPI COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO CON FUNCIÓN JURISDICCIONAL	
	<i>Por: Julio Biaggi Gómez, Jacques D'Auriol Stoessel, Jesús E. Espinoza y Javier Gutiérrez Gamio</i>145
	LIBERTAD DE INICIATIVA PRIVADA, LIBRE COMPETENCIA Y REPRESIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL MARCO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL	
	<i>Por: Karin Mansur Filomeno, Raúl S. Solórzano y Salomé Urquiaga Salazar</i>157
	VÉASE PARTE 3	
VENEZUELA:	FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN A GLOBALIZING ECONOMY: THE ROLE OF COMPETITION POLICY	
	<i>Por: Luis Tineo</i>167
	REGULACIÓN DEL SECTOR SEGUROS: UN ENFOQUE DE COMPETENCIA PARA LA LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS EN VENEZUELA	
	<i>Por: Enrique R. Gonzalez Porras</i>178
MERCOSUR:	ACUERDO SOBRE EL REGLAMENTO DEL PROTOCOLO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR191
UNIÓN EUROPEA:	FRANCE : STRUCTURAL REMEDIES IN AN ANTITRUST CASE IN THE SECTOR OF WATER DISTRIBUTION	
	<i>Por: Pierre Arhel</i>196
	REGULACION SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA NUEVA NORMATIVA COMUNITARIA DE TELECOMUNICACIONES	
	<i>Por: Adela Gómez Alonso</i>200
INFORMACIONES Y PUBLICACIONES	DIRECTORIO DE AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE AMERICA LATINA Y CARIBE219

EDITORIAL

Apreciados amigos del Boletín,

Incluimos en esta ocasión muchas colaboraciones y deseo agradecer a los autores sus contribución. Gracias a la colaboración de Carlos Alza Barco que realiza una pasantía con nosotros se ha puesto al día Directorio de las Autoridades de Competencia en América Latina y Caribe que es de gran utilidad para conocer a los responsables de la política de competencia. Agradezco a todos aquellos que le enviaron información para hacerlo posible.

Es interesante señalar que en varios artículos se reflexiona sobre la importancia de la aplicación de esta disciplina para lo que es necesario disponer de instituciones o agencias eficaces con los medios adecuados. Es decir, que nos animan a seguir trabajando por el futuro de la defensa de la Competencia tanto a nivel nacional como la cooperación con otros países.

Atentamente

Juan Antonio Rivière
juan.riviere@cec.eu.int

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS PYMES

Por: **Jorge Bogo**^{1 2}
e-mail: jbogo@usa.net

1. Introducción

Respecto a la ley argentina de defensa de la competencia bien puede decirse que se condensa en el artículo primero, que prohíbe "...limitar, restringir, distorsionar o falsear la competencia" sujeto a que de ello pueda resultar un "perjuicio al interés económico general". Este condicionamiento mediante una última expresión un tanto vaga, fue la fórmula que permitió introducir en la ley la interpretación según la "regla de la razón" (rule of reason), antítesis de la interpretación según la "regla de la ley" (rule of law) propia del derecho codificado. Esta peculiar forma de interpretación es la prevaleciente en todos los países que cuentan con legislaciones antimonopólicas y, siguiendo a la estadounidense desde que se hiciera sentir sobre ella la influencia neoliberal de la escuela de Chicago, se concreta en el concepto de eficiencia económica, tal como éste se expone en la teoría económica. La legislación adquirió de este modo un mayor grado de seguridad jurídica, ya que substituyó a anteriores interpretaciones subjetivas influidas por consideraciones de fuerte contenido político. En nuestro país prevalece esta definición desde que fuera explícitamente adoptada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en un documento expreso al respecto de 1997, y aplicada luego en forma muy consistente por su jurisprudencia.³

Pero ni en la ley ni en los documentos que hacen a su interpretación, ni en la jurisprudencia se ha aceptado de manera explícita que haya sido un objetivo de la ley la protección de las pequeñas y medianas empresas (en adelante PyMEs), como es el caso de otros países, sobretudo europeos, en los que éste ha sido un motivo de desencuentro entre el mundo académico y el político. El objetivo de defensa explícita de las PyMEs es por ello interpretado hoy de manera preponderante como el resabio de un pasado en el que la aplicación de las legislaciones antimonopólicas estaba aún influida por objetivos populistas, de desarticulación del "big business". Es por ello que en este antiguo conflicto de opiniones, las posiciones de no discriminación positiva a favor de las PyMEs han ido ganando terreno, ya que lentamente, país tras país, se ha ido imponiendo el concepto de que las legislaciones antimonopólicas no tienen por objetivo proteger a los competidores -sean éstos del tamaño que fueran- sino a los procesos de competencia en los mercados.⁴

No obstante la claridad casi quirúrgica de este dictum, la cuestión se hace difusa en la práctica, cuando los mercados involucrados corresponden al tipo del oligopolio asimétrico, en el que una empresa tiene una posición tan dominante como para poder imponer su política comercial con relativa independencia de la reacción de sus rivales. Este es un tipo de mercado que se encuentra muy frecuentemente en la práctica, sobre todo cuando hay fuertes economías de escala que no permiten que exista un número significativo de competidores. En estos casos, si la firma líder, abusando de su poder de mercado adopta conductas comerciales exclusorias que tengan como objetivo aumentar su capacidad de imponer precios o más genéricamente, sus condiciones comerciales, puede llegar a asimilarse la defensa de la competitividad en los mercados con la defensa de los competidores que integran la franja competitiva de un mercado de esas características.

Cabe agregar a este corolario que la ley 25.156 introdujo un segundo instrumento de protección indirecta de las PyMEs, como es el control de fusiones y adquisiciones de empresas. Este instrumento tiene por objetivo garantizar que la ganancia de posiciones en los mercados sea la consecuencia de la prevalencia de auténticas ventajas competitivas, y no de la compra o la fusión con empresas rivales. Dicho de otro modo, la legislación ha querido que el aumento de la concentración en los mercados sea el resultado de ganar el favor de los consumidores, mediante la mejor satisfacción de sus necesidades objetivas y subjetivas.

En el resto del artículo se desarrollará el primero de estos dos puntos, comenzando con una estilización de este tipo de mercados donde prevalece una firma con gran poder de mercado, que será seguida por una revisión de

¹ Ex Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, actualmente asociado a Grupo CEO (Consultores en Economía y Organización)

² La Lic. Florencia Bogo colaboró en la parte estadística de este trabajo, sin ser obviamente responsable de sus errores.

³ CNDC. Breve Análisis Económico de la Ley Argentina de Defensa de la Competencia. Serie Documentos. Nº 1. 1997.

⁴ Cabría expresar que en la sección antitrust de algunos organismos internacionales parecería estarse manifestando últimamente, una cierta tendencia favorable a alguna forma de discriminación positiva al respecto.

los antecedentes legales al respecto y por una caracterización de las conductas abusivas de tipo exclusorio, que por lo común afectan a firmas que serían encuadrables en la categoría de pequeñas o, a lo sumo, medianas empresas. El último capítulo referenciará estas conductas al mercado argentino y en particular a la actividad de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia al respecto.

2. Una estilización del mercado con una empresa dominante

La ventaja de estilizar las características de los mercados reside en que de este modo se hace posible identificar aquellos elementos que son determinantes de su funcionamiento. Se trata, en otras palabras, de una abstracción que resulta útil al momento de organizar el análisis de realidades complejas. En este caso cabe para ello asumir que se trata de un tipo de mercado no desafiante por entrantes, en el que existe una empresa (dominante) cuya amplia ventaja competitiva respecto de sus rivales le ha permitido capturar una extensa porción de la demanda. La variable competitiva a analizar, representativa de la eficiencia con que funciona el mercado, es el precio. Esta es una simplificación obligada, ya que se debe al hecho que las otras dimensiones de la competencia, como la calidad o la innovación, no son perfectamente objetivables y son, por lo tanto, dimensiones cualitativas que complementan el análisis de precios.

La formación de los precios en un mercado así definido, se caracteriza porque la firma dominante o líder fija el precio que maximiza su beneficio, mientras que el nivel de producción de las firmas de la franja competitiva se determina a partir de la intersección de su costo marginal con el precio fijado por el líder. De este modo, para la firma líder la estrategia de las rivales que operan en la franja competitiva es predecible y su reacción constituye por lo tanto un dato. Para cualquier precio fijado por la empresa dominante, la cantidad vendida por esta empresa será igual a la diferencia entre la demanda del mercado y la cantidad ofrecida por las que operan en la franja de competencia. La empresa dominante maximiza así su beneficio de modo similar a como lo haría un monopolista, igualando su costo marginal al ingreso marginal asociado a la curva de demanda residual.

Definido así el funcionamiento del mercado, prácticamente el único factor que podría limitar el poder de mercado de la firma líder es la entrada de nuevos competidores, razón por la cual la existencia de barreras a la entrada es una condición para la supervivencia de mercados con estas características. Estas barreras pueden ser naturales contra la importación, legales para poder tener acceso, tecnológicas o bien aquellas que resultan de la posesión de un recurso, como es la propiedad de importantes reservas. Pero lo fundamental es que el líder maximiza ignorando la amenaza de disipación de rentas proveniente de potenciales entrantes (la condición de no desafiabilidad antes aludida).

En cuanto a los competidores menos eficientes, para que puedan permanecer en el mercado sin incurrir en pérdidas, es necesario que los costos de la firma dominante no sean tan bajos como para que el precio resultante esté por debajo del costo medio mínimo de las firmas de la franja competitiva. Bajo este supuesto, la existencia de estos competidores menos eficientes obliga al dominante a fijar un precio menor al de monopolio, pero muy superior al de competencia perfecta (o alternativamente al de un mercado perfectamente desafiante). *La magnitud dependerá de la amplitud (y el comportamiento) de la franja competitiva, que deviene así en el elemento crítico desde el punto de vista de la eficiencia de los resultados.*

La formalización siguiente confirma lo antedicho y permite extraer algunas conclusiones adicionales.

Sea $D(p)$ la función de demanda del mercado, y $F(p)$ la función de oferta agregada de las firmas que operan en la franja competitiva, entonces la demanda residual que enfrenta el líder será:

$$R(p) = D(p) - F(p)$$

El problema de maximización del líder es:

$$\Pi = pR(p) - C[R(p)]$$

la condición de primer orden es:

$$R + p \frac{\partial R}{\partial p} - \frac{\partial C}{\partial R} \frac{\partial R}{\partial p} = 0$$

esta ecuación puede reexpresarse como:

$$p - \frac{\partial C}{\partial R} = - \frac{R}{\frac{\partial R}{\partial p}}$$

$$p - \frac{\partial C}{\partial R} = - \frac{D - F}{\frac{\partial D}{\partial p} - \frac{\partial F}{\partial p}}$$

$$\frac{p - \frac{\partial C}{\partial R}}{p} = - \frac{D - F}{\frac{\partial D}{\partial p} D - \frac{\partial F}{\partial p} F}$$

$$\frac{p - \frac{\partial C}{\partial R}}{p} = \frac{F}{\varepsilon_D + \varepsilon_F} \frac{1}{D}$$

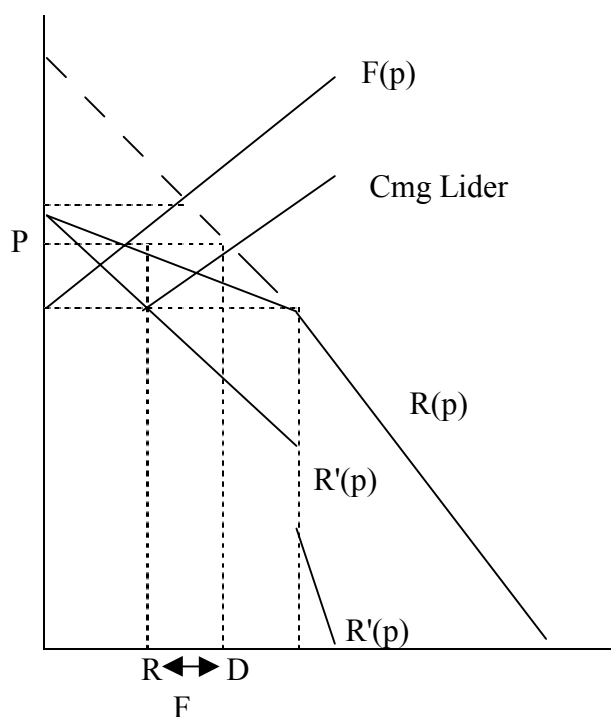
donde ε_D es la elasticidad precio de la demanda, ε_F es la elasticidad precio de la oferta de la franja de competencia y F/D es la cuota de mercado de la franja competitiva.

De la condición de primer orden para la maximización del beneficio es posible identificar los siguientes elementos críticos del funcionamiento del mercado:

- La participación en el mercado de las firmas que operan en la franja competitiva es obviamente el principal elemento para determinar el margen con que operará el líder. La estrategia óptima del líder será entonces reducir esta franja en todo lo posible, para ampliar así sus posibilidades de "mark up".
- Pero hay otro elemento importante a considerar para determinar la capacidad del líder de fijar precios no competitivos, como es la elasticidad de oferta de las firmas que operan en esa franja competitiva. Cuanto mayor sea esa elasticidad (precio) menor será la diferencia entre el precio del líder y su costo marginal. En este caso la estrategia óptima consistirá en reducir la franja ocupada por aquellos productores pequeños que, teniendo necesidad de generar mensualmente caja para afrontar sus costos fijos, mantienen la producción con mucha independencia del precio.
- Finalmente, cuanto mayor sea la elasticidad precio de la demanda, menor será la diferencia entre el precio del líder y su costo marginal. Este elemento viene a ser así la última restricción a la capacidad del líder de elevar los precios por sobre los de un mercado competitivo.

La gráfica del modelo es, por su parte, la siguiente:⁵

⁵ D. Carlton & J. Perloff. Modern Industrial Organization. Segunda edición. Harpers Collins. Pag. 164.



Donde D es igual a la suma de la demanda de la franja competitiva y de la residual (F+R) y P es el precio de equilibrio. El problema de maximización de las firmas que operan en la franja en competencia simplemente se reduce a igualar el costo marginal al precio fijado por el líder.

Es claro que cuanto menor sea la participación de mercado de la franja competitiva, F/D, más cerca estaremos del modelo de monopolio puro y por lo tanto, mayor será el precio de equilibrio y el beneficio extraordinario obtenido.

En el límite la franja competitiva desaparece (F sería igual a cero), entonces:

$$\frac{p - \frac{\partial C}{\partial R}}{p} = \frac{1}{\epsilon_D}$$

que es la fórmula de Lerner correspondiente a la condición de primer orden para la maximización del beneficio de un monopolista. En ese caso, como puede apreciarse, la elasticidad de la demanda es la única limitante del poder de mercado del monopolista.

Cabe concluir de lo anterior que existen incentivos para que las conductas estratégicas más posibles de la firma líder tengan por objetivo disminuir la importancia de la franja competitiva, y así aumentar su renta. Ellas serían:

- El disciplinamiento de la franja competitiva, para limitar su capacidad de competir y estructurar así más rápidamente un mercado del tipo "follow the leader". El resultado sería una colusión tácita en la que las firmas marginales no tendrían incentivos suficientes para enfrentar al líder.
- Establecer una colusión explícita con un número pequeño pero determinante de los rivales de la franja competitiva, para seguir una política común. Esta colusión, en su forma tácita, puede consistir en circunscribir la rivalidad a aspectos secundarios, eliminando la competencia de precios.
- La adquisición o toma de control de algunas de las firmas que operan en la franja competitiva.
- La expulsión de rivales situados en la franja competitiva, mediante una política de precios predatoria.

3. El encuadramiento legal del posicionamiento dominante

El concepto de posición dominante tiene un origen claramente europeo y legal, contrastando a este respecto con el similar americano de significativo poder de mercado, que se deriva directamente de la microeconomía. La diferencia es sutil y relevante sólo para los especialistas, siendo que por lo común se manifiesta en unos pocos casos concretos.

La expresión poder de mercado refiere a la capacidad de una firma de fijar precios sustentablemente superiores a los de un mercado competitivo, lo cual equivale a decir que son precios que exceden en una magnitud significativa a los costos marginales de largo plazo. La expresión posición dominante, por su parte, describe un mercado en el que una firma puede actuar con gran independencia respecto de sus rivales comerciales. En ambos casos la ilegalidad está en el abuso y no en el uso de ese posicionamiento, ya que no habría motivo alguno de reproche cuando éste ha resultado de haber ganado el favor de los consumidores mediante auténticas ventajas competitivas. La legislación define de este modo reglas de juego que disciplinan la competencia en los mercados, haciendo ilegales las conductas que mediante la restricción o exclusión de la competencia, tienen por objetivo crear, mantener o ampliar posicionamientos dominantes.⁶

Dejaremos de lado de ahora en más la exploración de las diferencias entre ambos conceptos y nos concentraremos en la figura europea de posicionamiento dominante y su abuso, dada su evidente influencia en la redacción de la norma argentina. Al respecto cabe decir que la legislación de la Unión Europea tiende fundamentalmente a preservar la franja competitiva del mercado y se rige por el artículo 82 del Tratado de Maastrich (originalmente el artículo 86 del Tratado de Roma) que prohíbe los abusos de posicionamientos dominantes, pero sujetándolo a la condición general de que "...afecten el comercio entre los Estados miembros". El caso líder en el que se definió el concepto en términos operativos fue Continental Can⁷, que lo hizo de la amplia manera siguiente:

"Las empresas tienen una posición dominante cuando tienen el poder de conducirse independientemente, lo cual las coloca en posición de actuar sin tomar en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores. En esa posición están cuando, debido a su participación de mercado, o su participación de mercado combinada con la disponibilidad de conocimiento técnico, materias primas o capital, tienen el poder para determinar los precios o para controlar la producción o la distribución de una porción significativa de los productos en cuestión."

Posteriormente, en el caso United Brands⁸ la Corte Europea atemperó la rotundidad de la afirmación anterior respecto a los grados de libertad de una empresa dominante, al establecerla de la siguiente manera:

*"... una posición de fortaleza económica disfrutada por una empresa que la habilita para impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante al tener el poder de conducirse de manera **apreciable** con independencia de sus competidores, clientes y últimamente, de los consumidores".* (resaltado propio)

El **abuso** de ese posicionamiento dominante, por su parte, fue también definido seminalmente en el caso Continental Can, en el cual la Corte dijo con respecto a la aplicación del ex artículo 86:

*"...[la conducta abusiva] no solo apunta a prácticas que puedan causar un daño a los consumidores directamente, sino también a aquellas [prácticas] que van en detrimento de los consumidores a través de su impacto sobre una estructura de competencia efectiva... Entonces, el abuso puede ocurrir si el que lleva a cabo la práctica en una posición dominante refuerza tal posición, de manera que el grado de dominio alcanzado restrinja la competencia, y que solo permanezcan en el mercado aquellas firmas cuyo comportamiento dependa de la firma dominante".*⁹

⁶ R. Khemani and D. Shapiro. "Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law". World Bank and OECD. 1996. Pag. 1.

⁷ (6/72) [1973] ECR 215.

⁸ (27/76) [1978] ECR 207.

⁹ Idem.

Finalmente, en forma generalizada en el capítulo C, titulado “Prácticas de las Empresas en Posición Dominante con Objeto de Eliminar la Competencia” del Informe Anual sobre la Política de Competencia de 1996, la Comisión Europea estableció su criterio al respecto de la siguiente forma:

“El derecho comunitario prohíbe los comportamientos contrarios a la competencia por parte de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Asimismo, los comportamientos competitivos que normalmente no infringen las reglas comunitarias de competencia, podrían hacerlo si son practicadas por empresas en posición dominante. Este enfoque se basa en que el comportamiento de estas empresas produce efectos muy importantes sobre la competencia”. *Agregando a continuación:* “Aunque una empresa en posición dominante tiene derecho a defender su posición compitiendo con otras, le incumbe también una responsabilidad particular de no reducir aún más el grado de competencia que subsiste en el mercado. Las prácticas de exclusión pueden dirigirse contra competidores ya establecidos en el mercado o concebirse para impedir el acceso de nuevos competidores.”¹⁰

Cabe mencionar, finalmente, que la jurisprudencia europea reconoce dos tipos de abusos. El primero es el abuso explotativo y engloba a conductas comerciales basadas en los precios, tales como precios excesivos, discriminación de precios, bajos precios pagados a los proveedores y otras figuras que, por reflejar la inercia de políticas económicas intervencionistas de la postguerra, han caído en su mayoría en desuso. La segunda categoría corresponde a los abusos de tipo exclusionario, que tienen por objetivo excluir o domesticar firmas rivales, y comprende conductas empresarias tales como precios predatorios, estrujamientos de precios, negativa a comerciar y elevación de los costos de entrada al mercado, entre otras.

Ya sea siguiendo la tradición europea o la americana, todos los países de la OECD que integran su Comité de política y legislación de la competencia -esto es Alemania, Australia, Canadá, Italia, Japón, Portugal, España, Suecia, Reino Unido y Nueva Zelanda- han adoptado la figura de abuso de posicionamientos dominantes en el mercado, en algunos casos bajo denominaciones que, aunque ligeramente diferentes, se refieren a lo mismo.¹¹

En Argentina la figura bajo estudio ya estaba en la ley 22.162 y se repitió en lo esencial en el artículo 4º de la ley 25.156 que la sucedió, manteniendo una redacción muy europea. Ese artículo establece que hay un posicionamiento dominante de una empresa “... cuando es la única oferente o demandante ... o cuando no está expuesta a una competencia substancial.. o cuando por su integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos.

No obstante, el texto actual reconoce un cambio de último momento, no previsto en los proyectos de reforma, que agregó una tercera caracterización del posicionamiento dominante a las otras dos contenidas en la redacción del artículo correspondiente de la anterior ley de defensa de la competencia. Esa caracterización contiene lo que parecería ser una protección no ya de la competencia sino de los competidores, dado que al final del párrafo referido a la capacidad de determinar la viabilidad de sus rivales, hace una innecesaria referencia al perjuicio a éstos. Esta redacción, no obstante, se refiere a la caracterización de una posición dominante y no alcanza por lo tanto a modificar el criterio establecido de protección del funcionamiento de los mercados y no de los competidores, por lo que no cabe atribuirle otra significación que la de ser una más de las muchas expresiones de falta de profesionalidad e influencia de los lobbies que se manifiestan en esta ley. Estas desprolijidades, cabe recordar, fueron la consecuencia del hecho que ella fue aprobada apresuradamente, como reacción al “take over” de YPF por parte de Repsol, lo cual motivó que sufriera modificaciones de último momento -en comisión y en el recinto- originadas en iniciativas espontáneas, carentes de una seria base de sustentación. Ya el despacho que se giró en Diputados contenía un artículo redundante que se debió redactar en comisión, para calmar las preocupaciones de algunos legisladores muy ignorantes de la problemática particular de este tipo de leyes, con el objeto de evitar una puntualización de conductas que pudiera inducir a una aplicación cuasi per se de la ley. Este artículo es el 5º y establece elementos mínimos de análisis para determinar la existencia de una posición de dominio en un mercado, derivadas del conocimiento estándar al respecto. Ellas son, estilizadamente: a) la sustituibilidad del producto en consideración atendiendo a cuestiones de grado y tiempo, b) las barreras legales a la entrada al mercado y c) la existencia de poder de mercado en la venta y la compra.

La determinación de la existencia de una posición dominante es una tarea mucho más compleja de lo establecido (con carácter de mínimo) en ese artículo, como lo ilustra paradigmáticamente (a este respecto) el caso CNDC

¹⁰ Pag.38.

¹¹ OECD Committee on Competition Law and Policy. “Abuse of Dominance and Monopolization”. Roundtables Series on Competition Policy. 1996.

c/YPF S.A.¹² y comprende tanto elementos cuantitativos como cualitativos. En ese dictamen la CNDC utilizó no sólo medidas de concentración de la oferta como criterio para determinar la existencia de una posición dominante en el mercado del gas licuado, sino también la posesión de facilidades esenciales que aumentaban enormemente el poder de mercado de la denunciada. En cuanto al criterio general para calificar de abusivas las conductas de empresas dominantes, el mismo fue fijado en el caso Amfin c/Argea¹³ que hizo suyo, textualmente, el párrafo antes consignado del Informe Anual sobre la Política de Competencia de la Comisión Europea.

4. Las conductas exclusorias de competidores

En este capítulo se tratarán aquellas conductas abusivas que tienen por objeto reducir la franja competitiva, llegando al extremo de eliminarla, o al estadio intermedio de "domesticarla" para que acepte el liderazgo de la firma dominante. Para encarar este análisis cabe aclarar, como cuestión previa, que el problema principal que plantean estas conductas exclusorias, es que en la práctica es difícil diferenciarlas de una activa rivalidad entre los competidores de un mercado, que es precisamente aquello que la legislación de defensa de la competencia intenta preservar. Por el contrario, la eliminación de competidores ineficientes debido a la prevalencia de auténticas ventajas competitivas (o como dice la colorida expresión de la jurisprudencia americana de "competition on the merits") es una de las funciones de la competencia y éste es un segundo elemento diferenciador que suele plantear problemas de encuadramiento en los análisis de casos concretos.

La siguiente cita de Sullivan permite identificar cuándo una conducta transgrede esa frontera entre una competencia agresiva y una competencia que tiende a deteriorar el grado y las condiciones en que se desarrolla la rivalidad en un mercado. Dice Sullivan que se trata de:

*"...una conducta que tiene como propósito y efecto mejorar la posición competitiva del actor, no a través de la mejora de su performance, sino amenazando dañar o dañando a competidores actuales o potenciales, de manera de sacarlos o mantenerlos fuera del mercado, o forzarlos a competir en forma menos efectiva."*¹⁴

Nótese que en esta definición se pone de relieve, por pasiva, que no es mediante un mejor producto, un mejor servicio o mejores precios, que se busca mejorar el posicionamiento de una firma en el mercado. No se trata como dice la colorida expresión de la jurisprudencia americana de "competition on the merits", sino de una conducta que tiene por objetivo "amenazar dañar o dañar a competidores actuales o potenciales", y cuyos efectos son claramente anticompetitivos, ya que intenta "**sacarlos o mantenerlos fuera del mercado, o bien forzarlos a competir en forma menos efectiva**".

Como se dijo en la sección anterior, para que estas conductas sean efectivas, se requiere que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado o por lo menos un fuerte poder para fijar precios, ya que de lo contrario no tendría posibilidades de deteriorar muy perceptiblemente el proceso competitivo, aunque pudiera afectar el posicionamiento de algún o algunos competidores marginales. Esta condición derivada del paradigma E-C-R se aprecia más claramente en las regulaciones y en la jurisprudencia europea, como se verá más adelante.¹⁵

3.1. La jurisprudencia americana

No obstante que el concepto de poder de mercado difiere en algo del de abuso de posición dominante, esa diferencia no es relevante al tratar las conductas exclusorias de rivales comerciales. Por ello cabría mencionar que en los EE.UU., la legislación que prohíbe este tipo de conductas es, en primer lugar, la sección 1º de la Ley Sherman, que condena "*...los contratos que restringen el comercio*" y también la sección 2º que hace lo mismo con respecto a "*...la monopolización y los intentos de monopolización ... de un mercado particular.*" Pero también la sección 2º de la Ley Clayton sería aplicable, en cuanto prohíbe conductas cuyo efecto pueda "*...reducir substancialmente la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea de comercio, o lesione, destruya o impida la competencia*".

¹² CNDC c/YPF S.A. Dictamen N° 314/99

¹³ Amfin S.A.c/Argea S.A. Dictamen de mayoría N° 395/98

¹⁴ L. Sullivan. "Handbook of the Law of Antitrust". West Group. 1977. Pag. 108.

¹⁵ T. Sullivan & J. Harrison. "Understanding Antitrust and its Economic Implications". Tercera edición. Matthew Bender. 1998. Pag. 318

La jurisprudencia americana contiene casos muy importantes en los que se entendió que el propósito de las prácticas comerciales exclusorias y sus efectos sobre el funcionamiento de los mercados, son manifiestamente asimilables a las planteadas. El primero de ellos es el caso Alcoa, en el que la Suprema Corte de EE.UU. estableció que esta firma había monopolizado el mercado de aluminio, ya que había sido algo más que un mero "beneficiario pasivo" de un poder monopólico, al haber realizado "...acciones reiteradas con el propósito de alcanzar y mantener ese poder". Aclarando más adelante en el mismo fallo que la exclusión no se limitaba a la realización de "...maniobras no honestamente industriales, o activadas solamente por el deseo de prevenir la competencia", ya que la figura es más amplia e incluye "...cualquier curso de acción que sea deliberado, en el sentido de que una firma tiene la libertad de adoptarlo o de no adoptarlo, y que tiene el efecto de excluir a firmas rivales".¹⁶

Una definición similar se produjo en el caso American Tobacco, en el que la sentencia estableció que hay una violación de la sección 2 de la Ley Sherman cuando una firma "...gana o mantiene poder monopólico, mediante una conducta que no es una respuesta normal a oportunidades de mercado, sino que está primariamente dirigida a limitar las oportunidades de sus competidores, de manera de expulsarlos del mercado o forzarlos a competir menos eficientemente".¹⁷

En el caso Times-Picayune la Corte americana consideró que para que prosperara una denuncia de que se habría intentado "destruir la competencia u obtener un monopolio" debía probarse que las conductas comerciales no se ajustaban a una "competition on the merits", debido a que los medios empleados para obtener un mayor poder de mercado habían sido "ilegítimos, por ser ajenos a las prácticas comerciales usuales".¹⁸ Más explícitamente aún, en los casos Spectrum Sports y Union Leader Corp. vs. Newspapers of New England Inc. se estableció coincidentemente que la ilegalidad requería "algo más que una competencia vigorosa" o "un intento de desplazar competidores", siendo ese algo más que la conducta comercial se caracterizara porque "una persona que se embarca en una pelea a muerte intente utilizar o utilice armas impropias".¹⁹

Más recientemente, en el publicitado caso Microsoft, en el capítulo titulado Mantenimiento del Poder Monopólico por Medios Anticompetitivos, el juez Jackson encuadró la conducta de la acusada siguiendo el precedente del caso Neuman vs. Reinforced Earth Co., en el que textualmente se estableció que:

"...una agresión contra los rivales comerciales por medio de prácticas de negocios que no pueden ser consideradas como maximizadoras de utilidades, excepto que exista la expectativa de que: a) los rivales actuales sean expulsados del mercado, o sea bloqueada o dilatada la entrada de potenciales rivales, de modo que el predador pueda ganar o retener una participación en el mercado lo suficientemente alta como para obtener ganancias monopólicas, o b) los rivales puedan ser disciplinados, de modo que abandonen el comportamiento competitivo que el predador considera una amenaza para la obtención de utilidades monopólicas".²⁰

3.2. La jurisprudencia europea y otra

La jurisprudencia europea es igualmente explícita, como lo ilustra el caso líder de Michelin, en el que la Corte Europea, refiriéndose a las conductas realizadas por quienes tienen una posición dominante en un mercado, dijo:

"El artículo 86 cubre las prácticas que puedan afectar la estructura de un mercado en el que, como resultado directo de la acción del incumbente en cuestión, la competencia ha sido ya debilitada, mediante la apelación a métodos diferentes de aquellos que gobiernan la competencia normal en los mercados de productos y servicios en los que es importante la efectividad del comercializador, teniendo por efecto disminuir el nivel de competencia subsistente en el mercado o sus posibilidades de desarrollo [de la competencia]"²¹.

¹⁶ U.S. vs. Aluminium Co. of America (ALCOA). 1964.

¹⁷ American Tobacco Co. et al vs. U.S. 1946.

¹⁸ Times-Picayune Co. vs. United States. 1953

¹⁹ Spectrum Sports Inc. vs. McQuillan 506 US (1993) y Union Leader Corp. vs. Newspapers of New England Inc. 365 US (1961)

²⁰ US vs. Microsoft Co. 98-1233 y Neuman vs. Reinforced Earth Co. 786 (1986)

²¹ Bandengroothandel Frieschebrug BV v. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV (81/969/EEC), 7 de octubre de 1981, O.J. 1981, L353/33, [1982] 1 C.M.L.R. 643, C.M.R. 10340.

Esta cita revela que en el caso de empresas con posicionamiento dominante, la más grave de las conductas anticompetitivas es aquella que tiene por objeto la exclusión de competidores, esto es la disminución de la franja competitiva de un mercado.

En otra aplicación del artículo 86 en el caso Continental Can la Corte europea reafirmó esta posición, al establecer que:

*“...[la conducta abusiva] no solo apunta a prácticas que puedan causar un daño a los consumidores directamente, sino también a aquellas [prácticas] que van en detrimento de los consumidores a través de su impacto sobre una estructura de competencia efectiva... Entonces, el abuso puede ocurrir si el que lleva a cabo la práctica en una posición dominante refuerza tal posición, de manera que el grado de dominio alcanzado restrinja la competencia, y que solo permanezcan en el mercado aquellas firmas cuyo comportamiento dependa de la firma dominante”.*²²

Finalmente, en forma generalizada en el capítulo C, titulado “Prácticas de las Empresas en Posición Dominante con Objeto de Eliminar la Competencia” del Informe Anual sobre la Política de Competencia de 1996, la Comisión Europea estableció el criterio al respecto de la siguiente forma:²³

*“El derecho comunitario prohíbe los comportamientos contrarios a la competencia de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Asimismo, los comportamientos competitivos que normalmente no infringen las reglas comunitarias de competencia, podrían hacerlo si son practicadas por empresas en posición dominante. Este enfoque se basa en que el comportamiento de estas empresas produce efectos muy importantes sobre la competencia. Esto es especialmente cierto cuando las empresas recurren a prácticas de exclusión; es decir, cuando adoptan un comportamiento que elimina a un competidor o limita o impide sus actividades. Aunque una empresa en posición dominante tiene derecho a defender su posición compitiendo con otras, le incumbe también una responsabilidad particular de no reducir aún más el grado de competencia que subsiste en el mercado. Las prácticas de exclusión pueden dirigirse contra competidores ya establecidos en el mercado o concebirse para impedir el acceso de nuevos competidores.”*²⁴

La legislación neozelandesa y la australiana tienen conceptos muy parecidos, ya que prohíben la utilización de una posición dominante o los acuerdos entre empresas que “... tengan por objeto o efecto restringir la entrada a un mercado, prevenir o reducir significativamente la competencia y eliminar rivales”.²⁵

El concepto establecido en Japón tiene alcances muy parecidos también, como puede apreciarse en la siguiente cita, referida a la condena de:

*“...aquellas actividades comerciales mediante las cuales cualquier empresario, individualmente, por combinación o conspiración con otros empresarios o de cualquier otra manera, excluya o controle las actividades comerciales de otros empresarios, causando por consecuencia, una substancial restricción de la competencia en cualquier campo de actividad, contrario al interés público”.*²⁶ Esta cláusula general tiene especificaciones más precisas aún en la sección 3 de la ley que establece que “Ningún empresario realizará actividades de monopolización o de restricción no razonable del comercio” y en la sección 7 que dice “Ningún empresario empleará prácticas de comercio desleales”.²⁷

3.3. La jurisprudencia argentina

En Argentina, la ejemplificación de conductas anticompetitivas contenida en el artículo 2º de la ley 21.516, menciona en el inciso f) que sería en principio ilegal “**impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste**”.

²² Continental Can- Re Continental Can Company Inc. y Europemballage Inc. (72/21/EEC), 9 de diciembre de 1991, J.O. 1972, L7/25, [1972] C.M.L.R. D11, C.M.R. 9481.

²³ Esta cita fue textualmente incluida como fundamento de su dictamen en el caso AMFIN c/ARGEA (1998) por la CNDC y no fue cuestionada en absoluto por la Cámara Penal Económica en su fallo revocatorio.

²⁴ Pag.38.

²⁵ Commerce Act. A General Guide. Commerce Commission. 1999. Pags. 7 y 11.

²⁶ S. Martin. “Industrial Economics”. Second edition. Mac Millan Publishing Co. 1994. Pag. 105.

²⁷ Idem

El análisis de la jurisprudencia de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia muestra que los casos que involucraban conductas exclusorias tuvieron en general una particularidad muy especial. Según un estudio estadístico de carácter descriptivo realizado durante mi gestión en la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, las reformas liberalizadoras de la década del '90, que sirvieron para revitalizar el rol de la legislación protectora de la competencia, modificaron significativamente el carácter de las denuncias. Sin perjuicio del muy notable cambio de magnitud e importancia de los casos abiertos por la Comisión en ese período, el análisis del encuadramiento económico-legal de las denuncias mostró que, mientras en el período de intensa intervención del Estado en la economía la mayoría de las denuncias correspondían a conductas colusorias, en la década del '90 el eje se desplazó a una búsqueda de protección contra conductas que, en términos generales, pueden ser calificadas como exclusorias. El análisis del contenido de estas denuncias puso de relieve que al liberalizarse los mercados y desaparecer los instrumentos de protección anteriores, típicos de una economía cerrada y con mercados pequeños en relación a las escalas eficientes de planta, la legislación de defensa de la competencia había sido utilizada por los denunciantes como un instrumento alternativo de protección.²⁸

Esta caracterización fue perdiendo nitidez a medida que las decisiones de la CNDC fueron dejando en claro la voluntad de interpretar restrictivamente las prácticas exclusorias. No obstante, siguen existiendo denuncias que revelan una ignorancia de la naturaleza de la ley, como se puede apreciar en el cuadro anexo, al que se hace referencia luego. Pero al mismo tiempo esa jurisprudencia ha ido revelando que las PyMEs han sido beneficiarias de una protección contra actos exclusorios realizados por empresas que detentaban una posición claramente dominante en sus mercados. En suma, una voluntad de analizar en cada caso cuándo se trataba de una competencia muy activa y cuándo de abusos de tipo exclusorio, capaces de aumentar posicionamientos dominantes.

El cuadro siguiente resume los tipos de casos cerrados en cada uno de los años recientes y permite apreciar, por tanto, la importancia que han tenido aquellos referidos a conductas exclusorias.

Tipo de Conducta	1999	2000	2001
Prácticas exclusorias	10	6	10
Otros	5	5	6
Acciones que no encuadran en la ley	2	4	4
<i>Total</i>	17	15	20

Fuente: Elaboración propia en base a datos de la CNDC.

Para obtener una referencia más directa a los casos cerrados que involucraban a empresas de tipo PYME y el tipo de conductas involucradas, se consultó el registro de dictámenes y resoluciones de la CNDC. Debido a que faltaban algunos casos en todos los años, el relevamiento no puede considerarse completo, no obstante lo cual, a partir del cuadro anexo, es posible obtener una idea más detallada del tipo de violaciones investigadas y al criterio decisorio utilizado para cerrar los casos.

La conclusión a que se arriba en este punto es que, sin necesidad de establecer un objetivo explícito que pudiera colisionar con el dominante de resguardo de la eficiencia de los mercados, la jurisprudencia revela que las PyMEs han encontrado en Argentina un instrumento que las puede poner a resguardo de maniobras anticompetitivas, de tipo exclusorio. Sin necesidad de desvirtuar la interpretación de la ley, adoptando un objetivo que la sesgaría en perjuicio del prevaleciente en la mayoría de los países de preservación de la eficiencia microeconómica.

²⁸ CNDC. Memoria Anual. 1997. Pag. 25

1999						
Fecha	Dictamen	Denunciante	Denunciado	Mercado	Conducta	Resolución
	312/99	Teledifusora SA	Pramer SCA	Televisión por cable	Negativa de venta	Interrumpir la instrucción de la causa por no existir poder de mercado
30-06-99	318/99	Decoteve SA	Pramer sca	Televisión por cable	Negativa de venta	Cese de actividad y continuación del caso
01-07-99	319/99	Cámara de la industria del calzado de Córdoba	Carrefour Argentina SA	Calzado	Precios predatorios	Desestimado
02-08-99	320/99	Mercado de Abasto de Villa María Sociedad de Economía Mixta	Supermercados Americanos Disco Sucursal Villa María	Papas	Precios predatorios	Desestimado
10-08-99	322/99	CNDC	Colegio Médico de la Ciudad de Resistencia	Servicios médicos	Obstaculización de acceso al mercado	Acepta explicaciones
18-08-99	323/99	Mariano Ernesto Morgan	José María Ubici	Distribución de diarios y revistas	Negativa de venta	Compromiso de venta
22-09-99	325/99	Cámara de Empresas Asistencia de Farmacéuticos	Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires	Servicios de salud	Exclusión y obstaculización de acceso al mercado	Cese de conductas y multa
22-12-99	328/99	OESTE GAS SA	YPF GAS SA	Gas licuado	Retención indebida de envases	Desestimado
2000						
Fecha	Dictamen	Denunciante	Denunciado	Mercado	Conducta	Resolución
01-07-00	329/00	Nestor Donato Ferrari	Plan Ovalo SA de Ahorro para fines determinados	Seguros	Imposición de exclusividad	Desestimado
04-08-00	332/00	Droguerías Aries SA	Bayer Argentina SA	Medicamentos	Negativa de venta	Acepta explicaciones
28-08-00	335/00	Federación Argentina de Anestesia, Analgesia y Reanimación	Asociación Médica de Bahía Blanca	Servicios médicos	Obstaculización de acceso al mercado	Cese de acciones
05-10-00	336/00	Autogas SA	YPF SA y YPF GAS SA	Gas licuado	Estrujamiento de precios	Acepta explicaciones

2000 (continuación)						
Fecha	Dictamen	Denunciante	Denunciado	Mercado	Conducta	Resolución
04-10-00	337/00	Cordinadora de Salud SRL	Asociación de Clínicas y Sanatorios de Tucumán	Servicios de salud	Exclusión y obstaculización de acceso al mercado	Cese de conductas y multa
31-10-00	338/00	Decoteve SA	Pramer sca	Televisión por cable	Negativa de venta	Compromiso de venta
06-11-00	339/00	Sociedad Argentina de distribuidores independientes de tabaco	Massalin Particulares SA	Cigarrillos	Imposición de exclusividad	Acepta explicaciones
29-12-00	343/00	Sensormatic Argentina SA	Checkpoint System SA	Sistema de vigilancia electrónica de artículos para super e hipermercados	Prácticas exclusorias	Acepta explicaciones
22-12-00	344/00	ODIMA SA	Repsol YPF	Estaciones de servicio	Invertir y ampliar una estación de GNC en Bahía Blanca	Desestimado
2001						
Fecha	Dictamen	Denunciante	Denunciado	Mercado	Conducta	Resolución
12-06-01	350/01	CNDC	Colegio Médico Gramial de Resistencia y Círculo Médico de Resistencia	Servicios médicos	Obstaculización de acceso al mercado	Acepta explicaciones para el Colegio y cese de conducta y multa para el Círculo
21-08-01	352/01	CLOROX ARGENTINA SA	UNILEVER DE ARGENTINA SA	Lavandina	Obstaculización de acceso al mercado	Desestimado
13-09-01	358/01	Mercado de Materiales SA	Johnson Aceros SA	Artículos sanitarios	Negativa de venta	Acepta explicaciones
28-09-01	364/01	Ricardo Raúl Barisio	Círculo Odontológico Regional de Venado Tuerto	Servicios médicos	Exclusión y obstaculización de acceso al mercado	Cese de conductas y multa

EL ABUSO EXPLOTATIVO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

Por: Lucas Grosman¹ y Tomás Serebrisky^{2 3}
e-mail: lgrosman@ciudad.com.ar y tserebrisky@worldbank.org

Abstract

En este trabajo, se critica la sanción del abuso de posición dominante explotativo como una conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia argentina. Tal conducta se configura cuando se “explota” la posición dominante cobrando precios supra-competitivos o produciendo cantidades infra-competitivas. Para los autores, el único abuso de posición dominante que debería considerarse prohibido es el exclusorio. La sanción del abuso explotativo, cuyo efectivo control excedería los recursos escasos de cualquier agencia de defensa de la competencia, podría conducir a desincentivar la búsqueda de eficiencias o mejoras y a fortalecer la posición dominante que se busca combatir.

This paper criticizes the prosecution of the exploitative abuse of dominance, which includes charging supra-competitive prices or producing infra-competitive quantities, as a practice illegal under the Argentine Antitrust Act. We believe that the only abuse of dominance that should be regarded illegal is the exclusionary one. The prosecution of the exploitative abuse, whose effective control would exceed the scarce resources of any competition agency, could discourage the search for efficiencies and improvements and strengthen a dominant position.

JEL: L0, L1, L4

1. Introducción

En Argentina, la experiencia en materia de defensa de la competencia es escasa. En 1980 se sancionó la Ley 22.262 que estableció parámetros para evaluar las conductas de las empresas en el mercado, determinando aquellas que quedan prohibidas. Su aplicación estuvo fuertemente limitada por el contexto macroeconómico argentino, caracterizado por altas tasas de inflación, baja apertura de la economía y fuerte presencia estatal en los mercados más importantes.

A partir de mediados de la década de los noventa se le dio más importancia a la defensa de la competencia. La sanción impuesta a YPF por abuso de posición dominante en el mercado de gas licuado de petróleo ha sido el caso más resonante tratado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) -tomando como criterios de medición el monto de la multa y la difusión en los medios periodísticos-. El dictamen de la CNDC y los posteriores emitidos por las instancias superiores de la justicia -Cámara Nacional en lo Penal Económico y Corte Suprema- generaron jurisprudencia que guiará las futuras decisiones de la CNDC y afectará los incentivos que enfrentan las empresas en sus conductas competitivas y estratégicas en el mercado. La motivación de este trabajo radica en la necesidad de analizar las consecuencias económicas de las decisiones adoptadas en este caso.

La Ley 25.156⁴ de Defensa de la Competencia (“LDC”) establece que son ilegales los actos que constituyen una restricción de la competencia o un abuso de posición dominante en perjuicio del interés económico general. Muy recientemente, al confirmar la multa de \$109 millones impuesta a YPF por abuso de posición dominante en el mercado del gas licuado de petróleo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que la LDC sanciona tanto el abuso de posición dominante explotativo (o abuso explotativo) como el abuso de posición dominante exclusorio (o abuso exclusorio).⁵ A nuestro juicio, esa interpretación no es la mejor. En este trabajo analizaremos distintas razones que nos llevan a sostener que el único abuso de posición dominante que debería considerarse alcanzado por la LDC es el abuso exclusorio.

¹ Vocal, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Email: lgrosman@ciudad.com.ar

² World Bank Institute, ex Economista Jefe Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Email: tserebrisky@worldbank.org

³ Este trabajo refleja exclusivamente las opiniones de los autores y de ningún modo debe entenderse como la opinión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia o del World Bank.

⁴ Se aprobó en 1999 y derogó la ley 22.262. La principal diferencia entre estas leyes es que la 25.156 incorpora el control previo de fusiones y adquisiciones.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Recurso de hecho deducido por Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. en la causa Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. s/ Ley 22.262- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia – Secretaría de Comercio e Industria”, 2 de julio de 2002.

2. Los dos abusos

El abuso explotativo es la conducta en virtud de la cual quien detenta posición dominante se vale de ella para fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir un volumen inferior al competitivo. El abuso exclusorio, en cambio, es la conducta en virtud de la cual quien posee posición dominante se vale de tal posición, y no de la eficiencia, para excluir a sus rivales.⁶

Supongamos que X es el único productor de teléfonos y que enfrenta una función de producción con rendimientos constantes a escala. El costo marginal y medio de producir teléfonos (que incluye una ganancia razonable para el productor) es de \$10 por unidad, resultando a este precio una demanda de 10.000 teléfonos. Sin embargo, X maximiza su ganancia si vende sólo 6.000 teléfonos a un precio de \$18 por unidad. Se desprende de este ejemplo que si X cobra cualquier precio superior a \$10 incurre en abuso explotativo.

Ahora bien, supongamos que otro empresario, Y, decide entrar al mercado de los teléfonos y competir con X. X incurre en un abuso exclusorio si, por ejemplo:

- a) Fuerza a los distribuidores de teléfonos a distribuir solamente los teléfonos de X, negándose a permitirles que sigan distribuyendo los teléfonos de X si distribuyen los de Y.
- b) Fuerza a los fabricantes de insumos necesarios para fabricar teléfonos a abastecer de tales insumos solamente a X, negándose a comprar esos insumos a quienes abastezcan a Y.
- c) Cobra precios por debajo del costo para excluir a Y del mercado y luego volver a cobrar precios monopólicos.

La lista no pretende ser exhaustiva. En definitiva, X incurre en abuso exclusorio cuando se vale de su posición dominante para excluir a Y y preservar así su capacidad de cobrar precios supracompetitivos, mientras que incurre en abuso explotativo por el solo hecho de cobrar precios supracompetitivos, sin importar el origen de su capacidad de cobrar tales precios (es decir, sin importar el origen de su posición dominante).

3. El origen de la posición dominante

Como veremos a continuación, la existencia de una estructura de mercado monopólica puede obedecer a distintas causas.

a) *Monopolista eficiente*

Muchas veces la posición dominante (y, por ende, la capacidad unilateral de cobrar precios monopólicos) se origina en un abuso exclusorio que le permite a una empresa adquirir o preservar tal posición. Sin embargo, no siempre es así. Supongamos que X, el monopolista del ejemplo, logró su monopolio gracias a que sus teléfonos eran tanto mejores que los de sus rivales que éstos se fundieron. Es decir, supongamos que X es más eficiente que sus rivales. Dado que no es su poder de mercado, sino su eficiencia, lo que le permite a X excluir a sus rivales, esta conducta no constituye un abuso exclusorio. Ahora bien, es posible que X sea suficientemente eficiente como para poder cobrar un precio por encima de su costo marginal sin que con ello aliente el ingreso, o el reingreso, de competidores, ya que ese precio seguirá siendo inferior al costo marginal de esos competidores. Si esto es así, X, al cobrar un precio supracompetitivo, estaría incurriendo en un abuso explotativo. ¿Debería penárselo por ello? Entendemos que no. La posibilidad de cobrar precios supracompetitivos es un premio a la eficiencia de X. Si en lugar de premiarlo se lo sancionara, X no tendría incentivos para ser más eficiente.

Este razonamiento es análogo al relativo a las patentes industriales. Mediante ellas, se concede un monopolio legal por un tiempo determinado a quien inventó un producto o procedimiento que cumple ciertos requisitos. Durante la duración de la patente, el inventor o sus cesionarios podrán cobrar un precio monopólico. Si bien ello es un costo social, la justificación para la patente es que ese costo es inferior a los beneficios sociales derivados de incentivar las invenciones. Cabe destacar que la situación del monopolista eficiente es más precaria que la del titular de la patente, ya que el primero enfrenta una amenaza competitiva a la cual el segundo es inmune.

⁶ En este mismo sentido se define en la jurisprudencia de los Estados Unidos a las conductas predatorias. Ver, por ejemplo, *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, Corte Suprema de EE.UU., 1985, 472 U.S. 585, 105 S.Ct. 2847, 86 L.Ed.2d 467.

En definitiva, si se sancionara legalmente a quien cobra precios supracompetitivos gracias a que su producto es mejor que el de sus rivales, se estaría desincentivando la búsqueda de eficiencia. En estos casos ciertamente la aplicación de la doctrina del abuso explotativo resultaría perjudicial para la sociedad, aunque a corto plazo pueda parecer lo contrario.

b) Monopolio natural

Se dice que existe un monopolio natural cuando en un mercado es conveniente, desde el punto de vista de la eficiencia económica, que una sola empresa produzca un bien determinado. En otras palabras, existe un monopolio natural cuando la función de costos es subaditiva.⁷

No existe ningún beneficio social derivado de permitir que este monopolista cobre precios monopólicos. Por el contrario, existe un interés social en que el monopolista natural cobre el menor precio necesario para ofrecer el bien o servicio, recuperar la inversión y obtener una ganancia razonable. Sin embargo, no es la defensa de la competencia la encargada de velar por ese interés social. La defensa de la competencia procura, justamente, inyectar competencia allí donde no la hay. En una situación como la descrita no hay lugar para la competencia, por lo cual la solución es de otro tipo; concretamente, en los casos de monopolios naturales el modo de velar por el bienestar social es a través de la regulación, lo cual resulta conceptualmente distinto que defender la competencia. Cuando se decide regular un mercado es precisamente porque se ha constatado que en él no hay lugar para la competencia; es decir, que allí no hay competencia que defender.

Existen además distintas razones de diseño institucional por las cuales no es aconsejable que una agencia de defensa de la competencia se dedique a regular. La regulación exige un conocimiento muy específico del mercado del que se trate, mientras que las agencias de defensa de la competencia no se especializan en ningún mercado en particular sino que deben mirar todos los sectores a la vez.

c) Otros monopolios

Ciertos monopolistas ni son eficientes ni son naturales. Un primer supuesto es el monopolio legal no natural. Si bien no hay ninguna razón a priori para justificar a este tipo de monopolio, la forma de evitarlo ciertamente no es a través de la defensa de la competencia sino de la derogación de las normas que lo amparan.

Un segundo supuesto es el monopolista que logra tal carácter por medios ilegales, como por ejemplo el monopolista mafioso. Nuevamente, no hay ninguna razón para defender a este monopolista, pero el modo de sancionarlo excede la defensa de la competencia. Si un productor ha logrado ser el único en el mercado porque ha incendiado los negocios de sus rivales, sin duda ello restringe la competencia, pero existen normas de derecho penal (y no de defensa de la competencia) adecuadas para lidiar con este tema. Lo mismo puede decirse si el monopolista se ve aislado de la competencia porque ha conseguido sobornar al funcionario encargado de permitir el acceso al mercado de sus rivales, o si no paga sus impuestos y así se vuelve más competitivo.

Sólo en el caso de que la forma de excluir rivales sea mediante prácticas anticompetitivas el monopolista habrá violado la ley de defensa de la competencia. Pero en ese caso se lo sanciona por esas prácticas (que son las que llamamos abuso exclusorio) y no por los ulteriores precios altos que cobre. Algo similar ocurre si el monopolista adquirió tal carácter comprando rivales, en cuyo caso son esos actos de concentración económica los que podrían resultar ilegales a la luz de la legislación de defensa de la competencia.

4. Un ejemplo

Analicemos las consecuencias de castigar el abuso explotativo con un ejemplo. Supongamos que el mercado aerocomercial del país estudiado está desregulado. Ello implica que las empresas que participan en este mercado pueden fijar libremente las tarifas, las frecuencias, la flota a utilizar y los destinos. En un determinado período de tiempo, una sola aerolínea conecta dos destinos, A y Z. Como es usual en el mercado aerocomercial, esa aerolínea establece distintas tarifas en cada vuelo que une los destinos A y Z, que varían por estadía en el destino, plazo anticipado de compra y otras condiciones. Un consumidor denuncia a esta aerolínea en la agencia

⁷ Para una definición precisa de monopolio natural ver Train, 1995 o Viscusi, 1997

de defensa de la competencia porque cobra demasiado caro, ofrece pocos asientos a bajo precio y discrimina precios entre destinos. Complementa la denuncia diciendo que los aviones utilizados entre A y Z son mucho más pequeños que los utilizados por las empresas competidoras en otros destinos. ¿Cómo debería analizar esta denuncia la agencia de defensa de la competencia?

La respuesta, a nuestro entender, depende de si la empresa denunciada realizó algún tipo de comportamiento excluyente que limite la entrada de competidores actuales o potenciales al mercado. En otras palabras, la agencia de defensa de la competencia debería estudiar si algunas de las decisiones estratégicas de la aerolínea tuvieron por objeto establecer barreras que impidan la entrada de competidores.

El mercado de transporte de pasajeros entre A y Z puede ser pequeño, lo que impide que más de una empresa sirva el mercado y obtenga ganancias. La razón principal para la presencia de una sola firma en este tipo de mercados se encuentra en los costos fijos. Ello no implica necesariamente que el mercado tenga características de un monopolio natural. La competencia por el mercado permitirá que la empresa más eficiente se quede como única oferente y que los competidores potenciales funcionen como disciplinadores de precios, al ser posible su entrada si la empresa incumbente obtiene rentas elevadas.

Castigar a la aerolínea por abuso de posición dominante simplemente por el hecho de ser la única oferente sería un error. Si se la obliga a bajar el precio, a volar con aviones más grandes o a brindar más frecuencias, probablemente la aerolínea deje de servir el mercado y los consumidores se queden sin servicios o con servicios prestados por una aerolínea más ineficiente. Esto refleja que el castigo del abuso de posición dominante explotativo ocasiona una paradoja. Si una aerolínea es la única que sirve el destino A-Z, supuestamente se la podría sancionar por cobrar demasiado caro, pero si en el mismo mercado nacional desregulado ninguna empresa decide servir la ruta en cuestión, nadie podría ser castigado por un abuso de posición dominante explotativo, aunque esto último sería mucho peor, desde el punto de vista del interés económico general, que lo primero.

Ahora bien, si la agencia de defensa de la competencia descubre la existencia de un acuerdo entre las aerolíneas para repartirse el mercado, claramente podría sancionar a las empresas por violar la ley de defensa de la competencia. También se violaría esa ley si la aerolínea estuviera realizando acciones estratégicas que impidan el acceso de competidores. Un ejemplo de este tipo de conductas en el mercado aéreo es la diagramación de frecuencias en horarios “pico” que ocupan todos los espacios (slots) de despegue y aterrizaje disponibles en un aeropuerto. Este último supuesto sería un caso de abuso excluyente.

5. Aplicación del concepto de abuso explotativo en Argentina: el caso YPF

a) Dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

En marzo de 1999, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) recomendó al Secretario de Industria, Comercio y Minería imponer una multa de 109 millones de pesos (es ese momento equivalente a 109 millones de dólares) a la empresa YPF.⁸ De acuerdo al dictamen de la CNDC, YPF abusó de su posición dominante en el mercado a granel de gas licuado de petróleo (GLP) en violación a la Ley 22.262⁹. Gracias a su posición de dominio en la producción de GLP, esta empresa realizó una política de restricción de la oferta interna de GLP con el objeto de mantener relativamente elevados los precios en el mercado argentino respecto de los vigentes en el mercado internacional. Esta política pudo ser implementada exitosamente por YPF porque colocaba un volumen importante de su producción en el mercado externo (básicamente en los países limítrofes: Brasil, Chile y Uruguay). Para evitar la reimportación del GLP al mercado argentino, YPF incluyó en algunos de sus contratos de exportación una cláusula que prohibía expresamente la reimportación. Así, YPF impedía el arbitraje entre el precio doméstico y el internacional.

Entre 1993 y 1997, período investigado por la CNDC, YPF tuvo una participación en la producción de GLP mayor al 50%, mientras que su participación en el mercado interno se redujo del 43% en 1993 al 34% en 1997. Las diferencias de precios por tonelada entre el mercado doméstico y el de exportación en el período

⁸ Dictamen emitido por la CNDC el 19 de marzo de 1999 en el expediente 064-002687/97.

⁹ Aunque la Ley 22.262 fue derogada por la Ley 25.156, ésta mantuvo la prohibición del abuso de posición dominante en perjuicio del interés económico general prevista en aquélla.

investigado alcanzaron un máximo de 44% en 1994 y un mínimo de 15% en 1996; en todos los años bajo estudio esta diferencia ha sido positiva.

De acuerdo a las pruebas recogidas por la CNDC, YPF tenía la capacidad unilateral de afectar los precios en el mercado doméstico. Esta capacidad se veía reforzada por el control de las principales plantas de almacenamiento y puertos. A su vez, el rol de las importaciones como disciplinador de precios en el mercado doméstico no era relevante porque el costo del flete desde los mercados desde los cuales se podía importar el GLP hacía que la paridad de importación fuera demasiado elevada para los precios vigentes en el mercado interno. El ejercicio de poder de mercado de YPF no podía ser limitado por la competencia de otros productores y comercializadores que operaban en el mercado doméstico. Las participaciones de mercado de las empresas competidoras era muy bajas, alcanzando solamente dos empresas, Refinor y TGS, una participación apenas superior al 10%. Claramente, las asimetrías en las participaciones de mercado reforzaban el liderazgo de YPF y la posibilidad de que esta empresa modificara unilateralmente los precios de mercado.

El dictamen de la CNDC recomienda al Secretario de Industria, Comercio y Minería “[o]rdenar a YPF S.A el cese inmediato de las conductas de abuso de posición dominante consistentes en la discriminación de precios entre compradores nacionales y extranjeros de GLP...”. A fin de efectivizar el cese de la discriminación se obliga a YPF a “[o]mitir en adelante la sistemática discriminación de precios efectuada entre los compradores locales y extranjeros”. La idea detrás de esta prohibición es que restringir la oferta en el mercado interno para así poder cobrar un precio supracompetitivo es contrario a la LDC. Quien no crea que el abuso explotativo es ilegal mal podría sancionar a alguien por cobrar un precio supracompetitivo en un lugar y un precio competitivo en otro. Es decir que la prohibición de discriminación entre distintos mercados geográficos es el corolario de la doctrina del abuso explotativo.

Así, la CNDC partió de la base de que la restricción unilateral de la oferta en sí misma resultaba ilegal. Si la CNDC hubiera adoptado el criterio de sancionar el abuso de posición dominante exclusivo, la conducta de restricción de oferta y discriminación de precios entre el mercado interno y externo no habría sido objeto de sanción, sino que el análisis se debería haber centrado en las cláusulas que impedían la reimportación del GLP. Estas cláusulas, que se utilizan como instrumento para impedir el arbitraje entre mercados y por lo tanto facilitan la discriminación de precios, encuadran en el concepto de abuso exclusivo. Impedir la reimportación es una forma sencilla de construir barreras a la entrada a potenciales competidores. La aplicación del concepto de abuso exclusivo precisamente se basa en el castigo de las conductas que tienen por objeto o efecto excluir a competidores actuales y/o potenciales, en la medida en que tales conductas obedezcan a la existencia de una posición dominante y no a la mayor eficiencia del monopolista.

Aunque la CNDC recomienda prohibir estas cláusulas, ellas ocupan un lugar marginal en el dictamen. Para la CNDC, las cláusulas que prohíben la reimportación son un mecanismo más para restringir la oferta; con ese enfoque la CNDC pierde de vista que son precisamente esas cláusulas las que afectan la competencia (al restringir el acceso de competidores). El mero hecho de que la oferta sea restringida unilateralmente no necesariamente refleja una afectación de la competencia: exportar cierta cantidad de GLP para mantener deprimida la oferta interna no es un problema de competencia, sino un mero mecanismo utilizado por quien tiene posición dominante para explotar esa posición. En este sentido, esa conducta no es conceptualmente distinta de aquella consistente en almacenar gas para controlar unilateralmente la oferta, o sencillamente extraer menos gas.

Seguramente, la investigación de mercado previa al dictamen que sanciona a YPF se motivó en que en todo el período bajo estudio el precio del GLP en el mercado interno se mantuvo en niveles superiores al precio de exportación. La estricta aplicación de la orden de cese hubiera tenido en la actualidad (luego de la significativa devaluación del peso ocurrida a principios de 2002) un efecto contrario al buscado por la CNDC. La devaluación hizo que los precios internos sean inferiores a la paridad de exportación y por ello, de acuerdo con la orden de cese impuesta a YPF, hoy esta empresa, en teoría, **se vería obligada a incrementar notablemente los precios internos**. Es probable que, para evitar este efecto no querido, los defensores del Dictamen de la CNDC aleguen que ello sería sacar a la orden de cese de contexto, o que implicaría ir en contra de su *espíritu*; tales argumentos no bastarían para soslayar las limitaciones del marco analítico utilizado para resolver este caso.

Esta decisión sirve asimismo para advertir los problemas prácticos que ocasiona la sanción del abuso explotativo al asignar el rol de regulador de precios a la agencia encargada de aplicar la ley de defensa de la

competencia: ¿Cuál es la diferencia “tolerable” entre el precio interno y de exportación? ¿Cómo se evalúa una estrategia empresarial de expansión de mercados y la necesidad para ello de vender el producto a un precio menor que en mercados maduros? ¿Cómo se evalúa la presencia de contratos de distinto plazo, de clientes con mejores garantías e historia de pago, de cláusulas *take or pay*? Si se aplica exclusivamente el criterio de abuso excluyente, la agencia de competencia no debería invertir recursos en regular y controlar precios. Así, lograría mayor eficiencia en su gestión y no interferiría con los incentivos básicos de una economía de mercado.

Por último, si bien el objeto de este trabajo no es tratar el concepto de interés económico general, resulta interesante analizar el alcance que la CNDC dio a ese concepto en el dictamen aquí estudiado y su relación con el abuso explotativo. La CNDC entendió que el interés económico general es sinónimo de excedente total, es decir, la suma de los excedentes del productor y consumidor. Esta interpretación de interés económico general, conjugada con la sanción del abuso explotativo, lleva a resultados paradójicos.

Pensemos en un monopolista que es un perfecto discriminador de precios, esto es, que es capaz de cobrar a cada consumidor el precio de su máxima voluntad de pago, y extraer así todo el excedente de los consumidores. De esta manera, la última unidad vendida por el monopolista sería aquella donde el precio iguala al costo marginal de producción y por lo tanto el monopolista produciría la misma cantidad que una industria con una estructura de mercado de competencia perfecta. En este caso, si bien el consumidor se ve privado de todo su excedente, la eficiencia económica no se ve perjudicada. ¿Se debe sancionar a ese monopolista por abuso explotativo? Curiosamente, no, si seguimos la lógica de la CNDC en el caso YPF: aunque el monopolista cobra precios supracompetitivos, no afecta al interés económico general. La paradoja es llamativa: al que cobra caro se lo sanciona, excepto que cobre el precio más caro que el consumidor esté dispuesto a pagar por cada unidad (extrayendo así todo el excedente del consumidor), en cuyo caso se acepta el comportamiento del monopolista por maximizar la eficiencia. Más allá de que los autores no compartimos la equiparación de interés económico general y eficiencia económica, entendida ésta como maximización de la suma de excedentes de consumidores y productores con igual ponderación, creemos que es evidente la dificultad de conjugar tal definición con la prohibición del abuso explotativo como pretendió hacer la CNDC.¹⁰

b) La Cámara

La recomendación contenida en el dictamen de la CNDC fue adoptada por el Secretario de Industria, Comercio y Minería, cuya resolución sancionatoria fue posteriormente confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico mediante una decisión no unánime.¹¹ El voto de la mayoría claramente se manifiesta por la ilegalidad del abuso explotativo. De hecho, para la mayoría todo abuso de posición dominante es de tipo explotativo, ya que las conductas exclusorias serían una restricción de la competencia y no un abuso de posición dominante. Esta interpretación es bastante curiosa, ya que un requisito ineludible para que una conducta sea una exclusión anticompetitiva es que quien la practique tenga posición dominante.

La mayoría es consciente de que la posición por ella sostenida está muy cerca del control de precios máximos (donde el precio máximo que puede cobrar un monopolista es el competitivo). Para justificar esta postura, la mayoría hace referencia a la exposición de motivos de la Ley 22.262, que habla de una “política de precios”. Este argumento es erróneo; la exposición de motivos de la Ley 22.262, si bien habla de una política de precios, lo hace precisamente para aclarar que la política de precios que ella promueve es la “libertad de precios”, no la regulación de precios. Sin duda la libertad de precios es una política de precios, pero no del tipo que defiende la mayoría de la Cámara, sino justamente la opuesta. La punición del abuso explotativo es sencillamente irreconciliable con una política de libertad de precios.

Este aspecto es correctamente tratado por la disidencia del Dr. Hornos al refutar la interpretación de la exposición de motivos realizada por la mayoría. Sin embargo, la disidencia parece descartar la legitimidad de cualquier intervención en la política de precios de una empresa fundada en la defensa de la competencia, y esto tampoco es acertado. Contrariamente a lo sostenido por la disidencia, en ocasiones la defensa de la competencia exige un control de precios; lo que ocurre es que la única intervención en la política de precios de una empresa que la defensa de la competencia justifica es, precisamente, aquella que tiende a evitar la afectación de la competencia. Si un monopolista exige a los competidores de la empresa con la cual él está integrado aguas abajo

¹⁰ Esta combinación ha sido defendida también en doctrina: ver Marcelo D’Amore, “Abuso Explotativo de Posición Dominante. El Caso YPF en Argentina”, Boletín Latinoamericano de Competencia No 11, diciembre de 2000.

¹¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, 24 de noviembre de 2000, causa 42.061.

precios exclusorios por ciertos insumos, esa política de precios en particular estará prohibida desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Sin embargo, si ese monopolista no está integrado verticalmente y cobra muy caro por sus productos, dado que esa conducta no tiene efectos sobre la competencia, no se podría invocar la defensa de la competencia para controlar los precios del monopolista. Lo mismo es aplicable al control de precios que no busca bajarlos sino subirlos. En efecto, mediante la prohibición de los precios predatorios (los precios por debajo del costo cuyo efecto es excluir rivales para luego cobrar precios supracompetitivos), la defensa de la competencia de hecho controla precios, pero la razón por la cual ello se hace es justamente para proteger a la competencia. En definitiva, no existe una oposición conceptual entre control de precios y defensa de la competencia, pero el tipo de control de precios propio de la defensa de la competencia es muy distinto del que la sanción del abuso explotativo implica.

c) La Corte

El caso YPF finalmente llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que el 2 de julio de 2002, en fallo unánime, confirmó lo decidido por la Cámara Nacional en lo Penal Económico. En su fallo, la Corte se pronuncia expresamente a favor de la punibilidad del abuso explotativo. Para la Corte tanto el abuso exclusorio como el explotativo están prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia.

A juicio de la Corte, existe abuso de posición dominante “cuando se reduce injustificadamente la oferta con el deliberado propósito de mantener un determinado nivel de precios.” Y luego agrega que, en estos casos, “la estrategia comercial, antes que prevalerse de una simple posición de dominio para obtener ganancias en el mercado, abusa de ella al manipular artificialmente la oferta...” (Considerando 7°).

En este sentido, “vender fuera del país una parte sustancial de la producción de GLP a un precio sensiblemente menor, sin explicación atendible, hace presumir que dicha política comercial tuvo como propósito principal mantener deprimida la oferta interna del producto y asegurar, por lo tanto, la subsistencia de un determinado nivel de precios.” (Considerando 9°).

Es decir que, para la Corte, no es abuso de posición dominante el prevalerse de esa posición para obtener ganancias, pero sí lo es la restricción injustificada o artificial de la oferta para mantener los niveles de precios. Los límites de esta distinción son imprecisos. Por definición, toda empresa con posición dominante que produce menos que la cantidad competitiva está manteniendo el precio en niveles supra-competitivos. ¿Qué significa, entonces, reducir injustificada o artificialmente la oferta? Si una empresa posee mil máquinas de hacer chorizos y usa sólo ochocientos pudiendo usar las mil, ¿está violando la LDC? Tal vez la Corte diría que ello será así sólo si el fabricante de chorizos decidió dejar de usar el 20% de su capacidad instalada *con el propósito* de mantener los precios altos. Sin embargo, esta respuesta no puede ser satisfactoria. En primer lugar, todo fabricante será consciente de su posición dominante, si ella es tal, y sabrá que la consecuencia lógica de producir menos es cobrar más. Esto es, la intención de cobrar más caro está implícita en la decisión de producir menos. En segundo lugar, la LDC no exige intención, sino que basta que la conducta produzca efectos para ser ilegal, cuando se cumplen los extremos allí previstos (ver artículo 1 de la LDC).

Lo anterior sugiere que, siguiendo la doctrina de la Corte, toda restricción voluntaria de la oferta llevada a cabo por quien tiene posición dominante será ilegal. Al referirse al carácter injustificado o artificial de la oferta la Corte estaría excluyendo solamente los casos en los que la disminución de la producción responde a causas ajenas a la voluntad o el control del productor (por ejemplo, cae un rayo en la fábrica y se incendian doscientas máquinas para fabricar chorizos). Esta doctrina es sin dudas muy abarcativa y demanda un control estatal de la actividad privada imposible de realizar en los hechos.

6. La sanción el abuso explotativo: sustento legal y consecuencias económicas

La LDC es, como su nombre lo indica, una norma destinada a defender la competencia. Como señalamos precedentemente, el abuso explotativo no afecta la competencia; quien sufre el perjuicio derivado del abuso explotativo es directamente el consumidor. Sobre este punto vale la pena hacer una aclaración. El objetivo último de la defensa de la competencia, tal como la entendemos los autores, deber ser tutelar el bienestar del consumidor. Sin embargo, la forma en que la defensa de la competencia protege al consumidor es indirecta: lo hace, justamente, a través de la sanción de prácticas que afectan la competencia. En tal sentido, resulta problemático que la ley de defensa de la competencia sea el sustento legal para sancionar a quien de hecho no

afecta la competencia. Es por ello que, a nuestro juicio, la prohibición del abuso de posición dominante contenida en la LDC debe interpretarse en el sentido de que alcanza al abuso exclusorio, no al explotativo, ya que sólo el primero implica una afectación de la competencia.

Como mostramos anteriormente, la sanción del abuso explotativo tiene consecuencias muy extensas: ella implica prohibir que quien tiene posición dominante produzca menos que la cantidad competitiva o, lo que es lo mismo, cobre más que el precio competitivo. Este grado de intervención en la actividad privada requiere normas específicas al respecto. En este sentido, el Tratado de Roma de la Comunidad Europea, que la Corte cita como antecedente de nuestra LDC, específicamente prohíbe cobrar precios *injustos* en su artículo 86 (a). Nuestros legisladores, sin embargo, no incluyeron ninguna referencia específica al respecto, expresamente apartándose, en este punto, del antecedente invocado por la Corte.

Más aún, la interpretación integral de la LDC sugiere que ella no está diseñada para sancionar el abuso explotativo. En efecto, su artículo 46 inciso (c) indica que “[c]uando se verifiquen actos que constituyan abuso de posición dominante . . . el Tribunal podrá imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos **distorsivos sobre la competencia** . . .” (el resaltado nos pertenece). Es decir que, para nuestra ley, el abuso de posición dominante lleva a distorsionar la competencia, algo que no se puede afirmar respecto del abuso explotativo.

Al plantear que existen dos tipos de abuso de posición dominante (el exclusorio y el explotativo), la CNDC, la Cámara y la Corte, al tratar el caso YPF, parecen sugerir que no debe distinguirse allí donde la ley no distingue. Sin embargo, este argumento perdería de vista que sólo uno de esos abusos es genuinamente un problema de competencia.

Cobrar precios supracompetitivos es una conducta que, como vimos al comienzo, puede obedecer a distintas causas. Sólo en algunos casos está justificado tratar de evitar esa conducta. Si un monopolista cobra precios supracompetitivos (es decir, superiores a su costo marginal) porque es mucho más eficiente que sus rivales, al prohibir tal conducta (o su correlato: producir cantidades infra-competitivas) se están reduciendo los incentivos para ser eficiente. Tal prohibición equivale a exigirle al titular de una patente que cobre por su producto un precio competitivo: es precisamente por la expectativa de ganar rentas monopólicas que el titular de la patente decidió invertir en investigación; sin ese incentivo, ese tipo de inversiones no se realizarían, con el consiguiente perjuicio para el interés económico general. Una sociedad que prohíbe las ganancias monopólicas reduce los incentivos para invertir en los avances (patentables o no) que llevan a un productor a superar a sus rivales y ganar mercado.

Otra consecuencia no deseable de la sanción del abuso explotativo es que ella, paradójicamente, tiende a robustecer la posición dominante que se pretende combatir. En efecto, al exigirle a una empresa dominante que baje sus precios a niveles competitivos, probablemente esa empresa ganará mercado en desmedro de sus rivales más pequeños y disminuirán los incentivos para ingresar a ese mercado. No debe olvidarse que la existencia de rentas monopólicas funciona como un imán que atrae competencia, en la medida en que no existan barreras a la entrada. A su vez, al fortalecerse la posición dominante, aumenta el potencial explotativo y, con él, la cantidad de recursos que el Estado, supuestamente, debería destinar a evitarlo.¹²

Esta cuestión parece particularmente relevante en el caso YPF: tras la decisión de la Corte, esta empresa, cuya participación en las ventas internas de GLP venía cayendo, debería ganar mercado y fortalecer su posición dominante.

Esto revela que la sanción del abuso explotativo se concentra en remediar los síntomas, y muchas veces con ello no hace más que favorecer el avance de la enfermedad. En los casos en que una empresa posee posición dominante por razones distintas de su mayor eficiencia, la solución de fondo debe consistir en regular (si es un monopolio natural), desregular (si es un monopolio legal no natural) o sancionar las prácticas exclusorias. Esto último puede implicar, en muchos casos, establecer el libre acceso de los competidores a las infraestructuras esenciales para competir (o *essential facilities*) y probablemente se deba complementar con distintas

¹² Ver en este sentido Gregory Adams, *European and American Antitrust Regulation of Pricing by Monopolists*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Winter, 1985, p. 13 y 68. Allí se critica por esta razón (entre otras) a la decisión de la Comisión Europea en el caso *United Brands Co.*, 1978 E. Comm. Ct. J. Rep. 207, 21 Common Mkt. L.R. 429 (1978); In re *United Brands Co.*, 19 O.J. EUR. COMM. (no L 95) 1 (1976), 17 Common Mkt. L.R. D28.

regulaciones pro-competitivas que tiendan a facilitar el acceso al mercado monopolizado o aumentar su transparencia. Sólo así, promoviendo la competencia, se puede poner fin a los abusos de manera efectiva; la sanción del abuso explotativo no es más que una intervención extemporánea y azarosa sobre algunas de las múltiples manifestaciones propias de la posición dominante.

Bibliografía

Adams, Gregory; "European and American Antitrust Regulation of Pricing by Monopolists", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Winter, 1985.

Coloma, Germán; "El Caso YPF y la Defensa de la Competencia", Mimeo, 1999.

Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, dictamen del 19 de marzo de 1999 correspondiente al expediente 064-002687/97

D'Amore, Marcelo; "Abuso Explotativo de Posición Dominante. El Caso YPF en Argentina", *Boletín Latinoamericano de Competencia* No 11, Diciembre de 2000.

Train, Kenneth; "Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly", The MIT Press, 1995

Viscusi, Kip, Vernon John., Harrington Joseph; "Economics of Regulation and Antitrust", The MIT Press, 1997

LA DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA DENTRO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA (LEY 25.156)¹.-

Por: Marcelo Quaglia
e-mail: marceloquaglia@hotmail.com

INTRODUCCION.

Hemos decidido circunscribir este trabajo al análisis del concepto que nos brinda la Ley de Defensa de la Competencia argentina de la concentración económica. Cabe señalar que entendemos que éste no es dato menor: a partir del referido concepto se podrá determinar el alcance de la aplicación las disposiciones de dicha ley a los diversos grupos, alianzas y/o conjuntos de empresas que se configuren en el mercado.

Y ello con especial referencia al tercer capítulo de la ley 25.156 (titulado "De las Concentraciones y Fusiones") donde se establece un mecanismo de contralor sobre los grupos económicos. Pero no sobre cualquier grupo económico, sino, justamente, sólo sobre aquellos que en un primer momento se configuren dentro de los supuestos previstos por el concepto que nos da la ley, y en una segunda instancia queden circunscriptos dentro de los demás recaudos exigidos por la norma².-

De esta manera, si el grupo formado responde al concepto económico del fenómeno (entendido como aquél que se da en la realidad) pero no al jurídico (que nos brinda la norma), quedará fuera de las previsiones establecidas. Aclarada nuestra intención pasemos pues al análisis...

LAS ALIANZAS ESTRATEGICAS DE EMPRESAS.

Antes de adentrarnos específicamente en el análisis del concepto normativo de la concentración económica, entendemos necesario realizar una breve disgresión, para poder determinar cuando podríamos llegar entender como conformada una concentración de este tipo en el ámbito de la realidad, a fin de poder, posteriormente, compararla con el concepto dado por la norma.

I.- La empresa moderna y su resultado: la concentración empresaria.

Hoy en día resulta innegable el hecho de que la empresa nació en la necesaria agrupación de capitales para hacer frente a los grandes proyectos de inversión. De esta manera, se comenzó con la adopción de diferentes ropajes jurídicos para limitar la responsabilidad de los comerciantes que unidos en una empresa se lanzaban a llevar adelante sus proyectos.

Esa necesidad de cambio se repite, y dentro de esta voráGINE de variaciones surge la denominada concentración empresaria. En efecto, actualmente, en variadas circunstancias la agrupación de capitales a través de una sola entidad no basta, por lo que el mismo fenómeno que aconteció oportunamente con la empresa esta sucediendo hoy en día con la concentración.

Así, ***“el desarrollo económico impulsado por las grandes empresas ha desbordado el marco de la sociedad anónima aislada como instrumento jurídico de esa evolución. La atenta observación de la realidad que pregonara Heckett como método de análisis de la problemática jurídica, nos señala que se ha pasado de esa sociedad átomo al sistema molecular de sociedades”***³.

Ahora bien, ¿corresponde que el derecho, y específicamente la ley, tome parte e injerencia en este fenómeno que pareciera netamente económico?

¹ El presente trabajo fue realizado sobre la base del artículo “El tratamiento de las alianzas estratégicas de empresas en la ley de defensa de la competencia”, publicado en la Revista Derecho y Empresa (Universidad Austral) Nro. 11 pág. 213 y ss. y del libro “Grupos de Empresas, Defensa de la Competencia y Derechos del Consumidor” Fondo Editorial de Derecho y Economía. Ed. La Ley, Bs. As. 2002.-

² Con relación a esta segunda instancia de exigencias se señala que el capítulo III de la ley 25.156 no se aplica a cualquier concentración económica, sino sólo a aquellas en las que, conforme lo exigido en su artículo 8, la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supere en el país la suma de doscientos millones de pesos (a la fecha – diciembre de 2002- la paridad peso-euro se encuentra aproximadamente en 1 euro = 3,50 pesos).-

³ ODRIOZOLA, Carlos S.; “Los grupos de sociedades y los accionistas externos”, en Rev. Jca. LL 1986 E, 1114.

II.- La necesidad de regulación de la concentración empresarial.

Evidentemente la empresa revolucionó el derecho moderno⁴. Baste al respecto limitarnos a destacar la importancia del nacimiento en la doctrina y la legislación de la personería jurídica. Así, como en tantas otras circunstancias, la normativa debió hacer frente al fenómeno (tanto el derecho laboral, tributario, el procesal, etc.) Ahora bien, si tal efecto ha tenido la empresa, mayor será el mismo cuando nos encontremos ante un grupo de empresas, donde las previsiones y limitaciones jurídicas se justificarán mayormente aún, siempre y cuando tiendan a privilegiar el bien común general (lo que Vítolo llama la publicitación del Derecho mercantil⁵).

La evidente afectación de las estructuras de mercado que produce una alianza estratégica de empresas concluye en la necesidad de que el poder legisferante del Estado deba regular este fenómeno⁶: una nueva realidad requiere respuestas originales.

Hoy, nos encontramos ante ***“la construcción de un nuevo modelo de economía, al cual el derecho no pudo permanecer indiferente. Por el contrario, por necesidades de adaptación, nacieron nuevos institutos jurídicos, originándose a su vez un nuevo orden jurídico como instrumento del nuevo orden económico, primero y después, como instrumento para su mantenimiento”***⁷.

El desarrollo de la actividad empresarial requiere un marco jurídico propicio. Hoy, este marco está compuesto por una multiplicidad de reglamentos que, generalmente, son reformulaciones de los códigos de comercio adoptados a fines del siglo XIX. La elección de instrumentos jurídicos en la realidad contemporánea importa no sólo un acto de innovación o técnica jurídica, sino de política industrial, de fomento de nuevos tipos empresariales flexibles⁸.

El derecho moderno debe adaptarse a las realidades modernas y comenzar a brindar respuestas, no sólo desde la doctrina o la jurisprudencia, sino también desde la ley. En nuestros días, la ley 25.156 es una de las normas que pretende asumir ese desafío.

III.- Los grupos de empresas.

Ahora bien, ya hemos, al menos a grandes rasgos, individualizado el fenómeno de la concentración económica, pero ¿cómo definirlo?

Siguiendo ideas alemanas⁹ (posteriormente aceptadas por la doctrina española e italiana), podemos señalar que el grupo de empresas no es otra cosa que una empresa policorporativa. Esto es, un conjunto de unidades económicas de producción o prestación de servicios para el mercado cuya titularidad corresponde a múltiples sujetos de derecho, independientes entre sí desde la perspectiva jurídica, pero que actúan en el mercado siguiendo una dirección unitaria. La dirección unitaria puede ejercerse como consecuencia del poder de hecho que tiene un sujeto frente a otro (único proveedor, etc.), o como resultado del poder de derecho con que cuenta una empresa con relación a la otra (mayoría accionaria, etc.). o como consecuencia del libre acuerdo de voluntades entre los titulares de las unidades económicas integradas al grupo.

De esta manera, y como señala Champaud¹⁰, podemos señalar que las dos características básicas de cualquier grupo de empresas son:

1) unidad de decisión económica: la que puede realizarse por diversos medios, que van desde el control totalitario de la empresa dominante a la uniformidad sistemática de la política social de ciertas firmas (aunque no

⁴ ALVAREZ TRONGE, Manuel, “La empresa comercial y el derecho”, en Rev. Jca. LL 1990-D, 1020.

⁵ VITOLO, Daniel R., “Iniciación en el estudio del Derecho Mercantil y de la empresa”, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1992, pág. 270.

⁶ MANOVIL, Rafael M.; “Grupos de Sociedades”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág., 24.

⁷ ZALDIVAR Enrique, MANOVIL Rafael M., RAGAZZI Guillermo E.; “Contratos de Colaboración Empresarial”, 2º ed., Bs. As. 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 22. Parte citada de ROJO Angel, “El derecho económico...”, pág. 202” citado por Galgano Francisco, “Las instituciones de la Economía Capitalista, Sociedad Anónima, Estado y Clases Sociales, Ed. Fernando Torres SA, Valencia, 1980.

⁸ SEGAL, Enrique y ELKIN, Natán; “Los instrumentos jurídicos de colaboración empresarial en el Derecho Argentino” en Rev. de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 16, N° 103/104, pág. 149.

⁹ Ruis Peris destaca a Bälz en “Einheit und Vielheit im Konzer” en Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen (J.C.B. Mohr), 1974, pág. 287. (RUIS PERIS, Juan Ignacio; “Grupos de empresas, mercado de valores e igualdad entre los inversores”, Rev. de Derecho Mercantil N° 218 (1995), pág. 1447).

¹⁰ CHAMPAUD, Claude, “Los métodos de agrupación de las sociedades”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 2, 1969, pág. 117.

habrá método de agrupación sino cuando esa decisión sea organizada y obtenida por una técnica jurídica precisa y estable).

Como vemos la potestad que otorga la unidad de dirección económica puede provenir de un acuerdo paritario y libre entre las empresas (donde en vez de un grupo por subordinación tendríamos uno por coordinación – clasificación sobre la que ahondaremos infra-)¹¹ o de la imposición de unos sobre otros a través del ejercicio de potestades, por ejemplo la mayoría de los derechos accionarios con que cuenta.

Asimismo, el sujeto que ejerza esa unidad de decisión puede ser tanto un único sujeto de derecho, o varios que actúan en conjunto conforme lo acordado oportunamente (por ejemplo ante una UTE).

A este elemento, el jurista francés se agrega uno más:

2) el control patrimonial: es resultado de la unidad de decisión y el mejor medio de asegurar la solidez, constancia y duración de esa unidad.

En nuestra opinión, la unidad de decisión económica aparece como lógica consecuencia (entre otras) el control patrimonial, el cual es ejercido por quien posee o ejerce esa facultad de decisión, ya que resulta una consecuencia de ésta. En síntesis: el verdadero elemento caracterizante del grupo o alianza estratégica radica en la unidad de decisión económica (entendida como la potestad de "control" del grupo).

De esta manera la simple posesión del control de la empresa no da lugar a la integración o grupo de empresas, es necesaria la existencia de una dirección unificada. Es más si existe una dirección unificada y se halla ausente el elemento control (entendido en el sentido de subordinación), igualmente estaremos ante una integración empresaria (verbigracia en el caso de un grupo por coordinación).

Estos factores, revelados por el jurista francés, no son otra cosa que la finalidad que persiguen estas formas de concentración: una unidad de decisión para alcanzar un determinado poder económico...

IV.- Métodos de agrupación de las concentraciones económicas desde el punto de vista jurídico. Clasificación.

Ahora bien, para arribar a la concentración existe una variada gama de posibles caminos a seguir, caminos que, en nuestra opinión, deberían quedar comprendidos en el capítulo tercero de la ley 25.156 (especialmente si tenemos presente que el mismo pretende ejercer un contralor preventivo sobre los grupos que se constituyen¹²).

Ya se ha señalado que el fenómeno se presenta en el mundo del derecho a través de variadas fórmulas, que resulta difícil clasificar¹³. Pero, como señala Carrió¹⁴ ***“las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles, sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo del conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables”***.

Es por ello que, ante clasificaciones y posturas casi innumerables¹⁵, nos limitaremos a desarrollar aquella que entendemos pueden ser la más completa y rigurosa con relación al fenómeno que se da en la realidad, limitando el análisis al punto de vista jurídico (dado que el concepto que posteriormente estudiaremos está contenido en

¹¹ EMBID IRUJO, José Miguel; "Situación actual y perspectivas del derecho de los grupos de sociedades" publicado en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario.

¹² La norma exige que las concentraciones que quedan comprendidas en su ámbito deban inscribirse en un registro, quedando sometidas a un control por parte de la autoridad de aplicación que determinará si autoriza la operación, subordina el acto al cumplimiento de alguna condición o deniega la autorización (ver arts. 8 y 13, siguientes y concordantes).

¹³ ZALDIVAR Enrique, MANOVIL Rafael M., RAGAZZI Guillermo E.; "Contratos de Colaboración Empresaria", op. cit. N° 7.

¹⁴ CARRIO, Genaro, "Notas sobre Derecho y Lenguaje", ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1965, pág. 72.

¹⁵ Al respecto puede consultarse: MARZORATI, Osvaldo J.; "Alianzas estratégicas y Joint Ventures" ed. Astrea; MARTORELL, Eduardo E., "Tratado de los contratos de empresa. Tomo 1", ed. Depalma, Bs. As. 1993, pág. 295, MANOVIL, Rafael M.; "Grupos de Sociedades", op. cit. N° 6; SANTILLAN, Jorge M., "Las sociedades controladas y la ley 22.903", en Rev. de Derecho comercial y de las Obligaciones, 1984, N° 101, pág. 734; RICHARD, Efraín H., "Contratos asociativos o de colaboración. Clasificaciones", en Rev. de Derecho comercial y de las Obligaciones, 1990 B, año 23, pág. 597; ZALDIVAR Enrique, MANOVIL Rafael M., RAGAZZI Guillermo E.; "Contratos de Colaboración...", op. cit. N° 7; LORENZETTI, Ricardo; "Tratado de los Contratos", tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1999, pág. 75; SENECA, Adriana; "Conjunto económico. Agrupación empresaria, dominación y control", ponencia presentada en las XXIV Jornadas de Derecho Laboral y I Jornadas Rioplatenses, Bs. As. 1998(<http://aal.org.ar>); entre otros.-

una norma de derecho).

Para ello hemos seguido casi textualmente el informe presentado por Claude Champaud al Séptimo Congreso Internacional de Derecho Comparado (Upsala 1966) que ya hemos citado.-

Champaud utiliza dos categorías de métodos: uno fundado en mecanismos propios del derecho societario y otro que recurre a las formas contractuales:

IV.- a) Agrupaciones con estructura societaria: son aquellas que reposan esencialmente sobre nociones y mecanismos propios del derecho societario: afectación patrimonial, jerarquía de órganos, variabilidad del capital, etc.

Claude Champaud las clasifica en dos categorías, según la unidad de decisión se fundamente en la noción de dependencia o en la de colaboración:

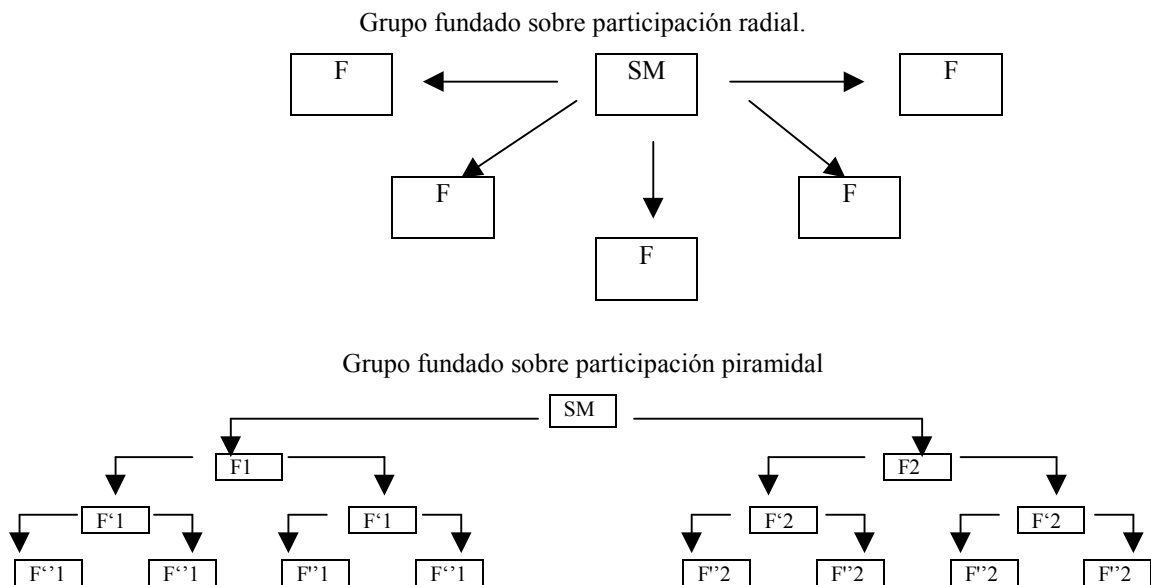
1) *Grupo de sociedades*: son aquellos fundados en la dependencia. Permiten a la empresa expandirse multiplicándose, conducen a la concentración plena y proyectan el fenómeno concentracionista fuera de los cuadros jurídicos tradicionales.

Se presentan como una combinación de múltiples procedimientos de concentración (lo cual dificulta su inserción en una categoría jurídica conocida).

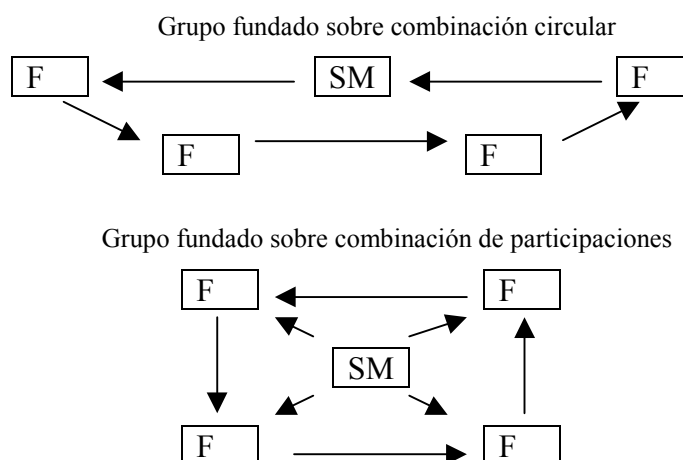
En virtud de dichas cuestiones nos limitaremos a destacar sus tres elementos característicos:

- 1) la existencia de patrimonios jurídicamente distintos: los de cada una de las sociedades agrupadas;
 - 2) la dependencia jerarquizada de las sociedades agrupadas: dependencia jurídicamente realizada por las técnicas de control patrimonial¹⁶ y;
 - 3) el carácter financiero del vínculo que une a las sociedades: vínculo llamado participación.
- Naturalmente, dentro de este grupo, predomina el elemento de control o dependencia¹⁷.-

Cabe señalar que ante la claridad expositiva de los gráficos realizados por Champaud para representar el fenómeno nos tomamos el atrevimiento de reproducir algunos de ellos (donde SM debe entenderse como la sociedad madre que ejerce el control y F la sociedad filial que se configura como dependiente):



¹⁶ Para Martorell el control es un elemento de importancia predominante, ya que posibilita “imponer con permanencia y continuidad normas para dirigir la gestión social” (MARTORELL, Eduardo E., “Tratado de los contratos de empresa...”, op. cit. N° 14).



En todos estos supuestos encontramos lo que se da a llamar “control interno”, que se configura cuando el titular del control actúa desde adentro mismo de la sociedad, utilizando los mecanismos propios de la estructura corporativa (generalmente deliberación y votación asamblearia¹⁸).

Aunque dicho control también se puede ejercer, no solo a través de la propiedad de las acciones, sino también a través del control del management (influencia dominante sobre el directorio o gerencias administrativas) o por medio de técnicas legales (por ejemplo en EEUU se ha dado el caso de un fiduciario que ejerce los derechos accionarios sin ser el propietario)¹⁹. Pero dichos supuestos, si bien también implican el uso de control, hemos preferido colocarlos en otra categoría dentro de esta clasificación, como veremos más adelante.-

Ahora bien, en esta clasificación se produce lo que se ha dado a llamar una relación intersubjetiva (en contraposición con el control externo que produce relaciones intrasubjetivas)²⁰. En síntesis: el controlador surge internamente, de la misma agrupación societaria (por la gerencia, una mayoría accionaria, etc.).

2) *Sociedades de sociedades*: éstas conforman el segundo grupo, fundado en la noción de colaboración. Han sido definidas como **“el acuerdo de colaboración que celebran dos o más sociedades en virtud del cual adquieren el control igualitario de una sociedad con el fin de alcanzar objetivos económicos generalmente estables o de cierta duración”**²¹.

Este modo de concentración reviste la forma económica de la integración que permite a las pequeñas o medianas empresa agruparse, sin perder su individualidad e independencia jurídica, creando una unidad de decisión económica.

Generalmente es utilizada para alcanzar fines económicos que no podrían integrar las empresas solas (investigaciones, producción, etc.), permitiendo a la empresa modesta competir con las más grandes.

De esta forma aparece una sociedad cuyas partes o acciones están en su mayoría en poder de sociedades independientes entre sí y cuyo control se ejerce colectivamente por las sociedades participantes, independientemente del quantum de su participación. Se trata de crear organismos que confieren en un determinado mercado un poder económico acrecentado y susceptible de alcanzar el monopolio puro y simple, en ciertos casos.

En este supuesto no existe ni control ni jerarquía, sino únicamente coordinación.

¹⁷ COHEN de ROIMISER, Mónica, “La moderna regulación de los grupos de sociedades”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1977, pág. 568.

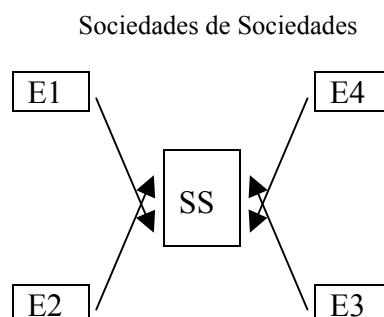
¹⁸ SANTILLAN, Jorge M., “Las sociedades controladas...”, op. cit. N° 15.

¹⁹ MARTORELL, Eduardo E., “Tratado de los contratos de empresa...”, op. cit. N° 15.

²⁰ OTAEGUI, Carlos S., “Concentración societaria”, ed. Abaco, Bs. As. 1984, pág. 427 y ss.

²¹ PALMERO, Juan C. y Ots., “Agrupamiento de Sociedades”, trabajo presentado al Primer Congreso de Derecho Societario, La Cumbre 1977.

Este fenómeno podría graficarse de la siguiente manera (donde SS sería la empresa compuesta de sociedades y E cada una de las empresas que participan en ésta):



IV.- b) Agrupaciones de estructura contractual: en la otra vertiente encontramos estas agrupaciones.

En este campo puede, y debe (agrega Champaud) utilizarse la mayor libertad e imaginación creadora por parte de los juristas de empresa. Cada problema debe tener su propia y original solución. Es de esta manera como nacen diariamente nuevos contratos atípicos de concentración empresaria.

A fin de clasificarlos, el jurista francés distingue según se persiga unir empresas que conservan aparente y formalmente su independencia económica o según se tenga por fin integrar empresas, donde algunas devendrán dependientes económicamente de otras sin perder autonomía patrimonial y jurídica (como vemos nuevamente estamos ante una subdivisión en supuestos de colaboración y dominación):

1) *Contratos de unión*: persiguen simplemente traducir en el campo económico el viejo adagio según el cual la unión hace la fuerza, aunque limitando al máximo la renuncia a la soberanía (de la que se nutre). Dicha restricción se logra a través de limitaciones temporales, limitaciones a colaboraciones parciales y/o restricciones de la concurrencia.

Contenidos en este grupo podemos encontrar agrupaciones temporarias (aquellas que versan sobre una operación económica aislada, por ejemplo una Unión Transitoria de Empresas); acuerdos de colaboración (convenciones especiales que tienen por fin realizar una unidad de decisión referente a una parte de la actividad de las empresas: investigación, adquisición de suministros, etc. - aquí se podrían incluir las Agrupaciones de Colaboración-) y los ententes y acuerdos de no-concurrencia (que buscan suprimir o restringir la concurrencia entre las empresas participantes).

2) *Contratos de integración*: a diferencia de los contratos de unión, establecen situaciones de desigualdad jurídica, que traducen la desigualdad económica de las empresas que se agrupan.

Generalmente este sometimiento se manifiesta en una exclusividad que afirma la dominación de la sociedad directriz (distribución, franquicia, etc.).

Aquí, a diferencia de los supuestos de control societario, se darían las llamadas situaciones de “control externo”, que se concretan mediante la influencia dominante.

Cabe destacar que, del análisis de la realidad, podemos observar que también pueden darse situaciones de este tenor en virtud de contratos que no están encaminados a coordinar o unir empresas, pero que crean situaciones de hecho que producen este resultado (por ejemplo a través de la celebración de préstamos que coloquen a una empresa bajo la dependencia de otra).

En virtud de esta última conclusión, a la clasificación de Champaud podría agregarse, junto a las agrupaciones de estructura societaria y a las agrupaciones de estructura contractual, un tercer grupo:

IV.- c) Agrupaciones de hecho: éstas surgen en virtud de situaciones fácticas que colocan a determinadas empresas bajo la égida de otras (control financiero, psicológico, etc.).

Atento a que responderían a situaciones de hecho, es necesario analizar cada caso concreto para ver si en éste se ha configurado una agrupación de este tipo.

El más claro ejemplo (al que ya hemos hecho referencia) es el de la empresa que queda sometida de hecho al dominio financiero de otra por los préstamos instrumentados. Otro ejemplo podría darse ante un contrato de know how que condicionara la actividad de la beneficiaria.

Por supuesto que en estos casos existirá agrupación de hecho siempre y cuando el fin del acuerdo (entendido como causa fin) no sea justamente la pretensión de agrupación (ya que de lo contrario quedarían comprendidos en algunas de las clasificaciones anteriores). Reiteramos, la misma debe surgir de una situación fáctica (quizás una distinción más que sutil). Y, lo que caracteriza justamente este tipo de agrupaciones es el control que ejerce una de las partes, control al que la otra debe subordinarse y/o someterse (nunca podría darse una agrupación de hecho fundada en la colaboración).

Odrizola, pareciera percibir esta clasificación al señalar 3 supuestos diferentes de colaboración empresaria: respuestas típicamente societarias (transformación, fusión por incorporación, fusión propiamente dicha y escisión), contratos de colaboración empresaria (UTE, etc.) y relaciones entre las sociedades mediante participaciones de la que deriven control o simple vinculación²².

V.- Alianzas de subordinación y colaboración. Partes débiles y fuertes.

Antes de continuar el análisis, entendemos necesario recurrir a una última clasificación, la que nos será de utilidad al analizar, finalmente, la definición legal de concentración económica de la norma de defensa de la competencia

Las alianzas estratégicas de empresas pueden surgir de lo que podemos llamar como "megacontratos", caracterizados por la negociación en un pie de igualdad entre las partes, que dan nacimiento a una "relación de cooperación o colaboración", ya sea de naturaleza contractual o societaria. Tal es el supuesto de las Sociedades de Sociedades y los Contratos de Unión.

En contraposición con estos acuerdos encontramos aquellos en los que participa una "parte débil" que debe someterse a las reglas de juego impuestas por la "parte fuerte". De este tipo de acuerdos nacerán contratos "de subordinación" (también de naturaleza contractual o societaria), tal es el supuesto de los Grupos de Sociedades y los Contratos de integración, a los que se sumarían las agrupaciones de hecho (que siempre conformarán alianzas "de subordinación").

Si bien esta clasificación se deja entrever de lo expuesto, hemos preferido resaltarla ya que posteriormente será de utilidad recurrir a esta distinción específicamente.-

A los fines de continuar el desarrollo del presente trabajo hemos realizado un bosquejo de la clasificación jurídica que pretendemos seguir, el que, esperamos, aclare un poco la situación...

AGRUP. EMPRE- SARIAS	ESTRUCTURA SOCIETARIA	GRUPOS DE SOCIEDADES (subordinación)
		SOCIEDADES DE SOCIEDADES (coordinación)
	ESTRUCTURA CONTRACTUAL	CONTRATOS DE UNION (coordinación)
		CONTRATOS DE INTEGRACION (subordinación)
	AGRUPACIONES DE HECHO (subordinación)	

²² ODRIZOLA, Carlos S.; "Los grupos de sociedades y los accionistas externos", op. cit. N° 3.

Podríamos llegar a entender, en una interpretación un tanto sui generis, que las "respuestas típicamente societarias" comprenden a la agrupaciones societarias, los "contratos de colaboración" a las agrupaciones contractuales y las últimas que señala a las agrupaciones de hecho.

Aunque estas últimas también podrían ser los llamados "métodos de agrupación que no alteran las estructuras de las sociedades", donde se establece una relación de subordinación de una empresa hacia otra (sea a través de la tenencia de acciones –agrupación societaria- o control externo dominante –agrupación de hecho-) y que junto con los "métodos que alteran las estructuras jurídicas internas de las sociedades" (fusiones, escisiones, etc.) y "los métodos contractuales" conforman el criterio clasificatorio de otros importantes juristas. (ZALDIVAR Enrique, MANOVIL Rafael M., RAGAZZI Guillermo E.; "Contratos de Colaboración Empresaria", op. cit. N° 7).

Como vemos las clasificaciones son casi infinitas, lo importante es optar por alguna y seguirla coherentemente, o sea: no mezclar criterios clasificatorios.

LA NOCION DE CONCENTRACION ECONOMICA EN LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.-

Cabe señalar que no es nuestra intención en estas líneas realizar un análisis en profundidad de la ley 25.156, simplemente nos abocaremos a determinar los alcances de la definición jurídica que nos brinda la norma, y su concordancia o discordancia con el concepto que surge de la realidad.-

Y, atento a que ya nos encontramos con una definición legal incorporada en nuestro ordenamiento, con la licencia de todos ustedes, omitiremos adentrarnos en la clásica discusión de la conveniencia o inconveniencia de la incorporación de definiciones por parte de la normativa legal.

Pasando ya al análisis, y adelantando nuestra opinión debemos que la definición legal no se condice con el fenómeno real, lo que puede obedecer a dos razones: una cuestión de política legislativa (que apuntaría a que se regule en su totalidad o sólo parcialmente), o un error del legislador al definir la manifestación.

Veamos en que supuesto podemos encuadrar el texto analizado.-

I.- Las concentraciones y fusiones en la normativa.

El Capítulo Tercero de la norma se encabeza bajo el título "De las Concentraciones y Fusiones".

Esta es la primera disposición nacional relativa específicamente a cuestiones de defensa de la competencia que aborda la temática de las concentraciones económicas²³, a diferencia de su antecesora que se limitaba a incluir reglas generales aplicables a todo tipo de acto anticompetitivo (entre los que, obviamente se encontraban las fusiones y concentraciones consideradas anticompetitivas).

Cabe señalar que a tal fin la ley 25.156 no incluye reglas que definan los límites admisibles de estas agrupaciones frente a la legislación de defensa a la competencia: se limita a establecer procedimientos que facilitan el control. Si bien personalmente nos parece que el enfoque no es desacertado (la cantidad no determina per se la violación, sino que es necesario sumar otras pautas), resulta al menos incompleto, atento las peculiaridades que incorpora.

Así, la nueva norma pretende establecer un sistema de control extensivo a toda concentración empresarial de determinada magnitud. Entendemos como coherente este sistema (al menos en líneas generales): el controlar dista mucho de que se establezca una violación de la defensa a la competencia con base en la magnitud de la concentración (algo que es necesario que quienes lleven a cabo la tarea deberán tener bien en claro).

II.- La definición de concentración en la Ley de Defensa de la Competencia (art. 6)²⁴.-

Esta disposición pretende adoptar una definición de concentración económica (cabe señalar que si bien el título refiere a Concentraciones y Fusiones, del desarrollo de capítulo se desprende clara y correctamente a nuestro entender que la fusión es tomada como uno de los géneros de la especie concentración).

²³ Decimos que es la primera que trata específicamente esta materia ya que, a través de la sanción de la ley 22.903 (modificatoria de la ley de sociedades), se había contemplado expresamente la relación entre los contratos de colaboración empresarial (que son sólo una manifestación del fenómeno, por lo que la previsión es parcial) y la legislación de defensa a la competencia (aunque incorporados, erróneamente a nuestro entender, a la normativa societaria). Así, el art. 369 de la actual ley 19.550 dispone que los contratos mediante los cuales se formen Agrupaciones de Colaboración deberán ser remitidos por el Registro Público de Comercio a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia.

Actualmente, si bien la ley 22.903 no ha sido derogada expresamente por la ley 25.156, su aplicación ha quedado reducida a los supuestos no comprendidos en ésta.-

²⁴ Oportunamente hemos tenido oportunidad de asistir al VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, realizado en Rosario en octubre de 2001.-

En dicha oportunidad, el catedrático español Dr. Echavarría Sáenz refirió en uno de los paneles a la definición del Reglamento Comunitario de concentración, especificando que se adoptó una concepción amplia referida al control por cualquier medio o derecho, con específicas excepciones como por ejemplo la compra de activos para especular, a través de entidades financieras por términos o plazos determinados, etc.

En este sentido, resulta interesante comparar nuestra definición con las del derecho comparado.

A fin de poder analizar claramente el concepto, entendemos pertinente la transcripción de la norma:

“Artículo 6: A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de la realización de los siguientes actos:

a) La fusión entre empresas;

b) La transferencia de fondos de comercio;

c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o título de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma;

d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”

Como vemos la norma realiza una enumeración de varios supuestos específicos (fusión, transferencia de fondo de comercio, etc.), aclarando en el primer párrafo del artículo que **“a los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas”** (el subrayado nos pertenece), para llegar, en el último inciso del artículo, a esgrimir una posible definición de concentración económica a través de una enunciación que pretende ser genérica, comprendiendo tanto los incisos anteriores como los supuestos no previstos hasta ese momento, entendida como **“cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa” (art. 6 inc. d).**

Cabe señalar que cierta doctrina entiende que al exigirse la toma de control a través de determinados actos expresamente determinados por la ley, nos encontramos ante una enunciación taxativa, donde no habría más supuestos sancionables que los que señala la ley²⁵.

Debemos disentir con este criterio: a nuestro entender el último inciso, con su clara referencia a **“cualquier otro acuerdo o acto”** torna a la enunciación genérica, y que “deja la puerta abierta” a la posibilidad de que el régimen comprenda concentraciones económicas a las que no se llega a través de las operaciones enumeradas en los otros incisos²⁶.

De esta manera, y en una ponderable actitud, el legislador realiza una enumeración ejemplificativa que termina con una definición que pretende ser más o menos extensa. A pesar de ello entendemos que, involuntariamente, se puede dejar afuera del fenómeno determinados supuestos de alianzas estratégicas de empresas que (una vez decidida la necesidad de establecer un mecanismo de control sobre las concentraciones empresarias) hubiera sido aconsejable incorporar²⁷.

En primer lugar debemos señalar que no se define la concentración económica en sí misma, sino el acto o proceso a través del cual se arriba a una concentración económica.

Si tenemos presente que éste capítulo, como veremos infra, impone un sistema preventivo de contralor de concentraciones y fusiones, tornando obligatoria la notificación del acto por el cual se arriba a la alianza de empresas cuando el mismo supere ciertos límites cuantitativos (e independientemente de la existencia o no de la concentración aún), entendemos lógico que se defina el acto por el cual se arriba a la concentración, y no la concentración en sí misma.

Aclarado este punto, podemos señalar, en base a las consideraciones realizadas y tomando como pauta el encabezado del art. 6 y su último inciso, que la ley 25.156 define el acto de concentración económica **“como**

²⁵ Así, NAZAR ESPECHE; Félix A.; “Derecho de la Competencia”, Ed. Depalma, Bs. As. 2001, pág. 27 y ss; y BIAGGINI; Pablo Alejandro y BOLLATTI, Jorge Luis; “Los Derechos Protectorios del accionista minoritario en la teoría del control del capítulo III de la ley 25.156”, en Boletín Latinoamericano de Competencia Nro. 15 (<http://europa.eu.int/comm/competition/international/others>) pág. 3.-

²⁶ Pareciera ratificar nuestro criterio el hecho de que la doctrina que propugna la interpretación taxativa del texto señala la necesidad de incorporar una excepción a dicha enumeración agregando al listado la escisión (supuesto en que una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades).

En nuestra interpretación el concepto de escisión queda comprendido sin necesidad de incurrir en excepciones o supuestos dudosos.

²⁷ En este sentido nuestro criterio apunta a que, atento las limitaciones establecidas con posterioridad en la misma norma (véase art. 8), la definición que se determine debería ser lo más amplia posible.

aquél en virtud del cual se toma el control de una o varias empresas, a través de cualquier acuerdo o acto que:

a) transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o;
b) le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa."

Pasemos entonces a analizar la definición legal...

II.- 1) La toma de control de una o varias empresas a través de cualquier acto o acuerdo.-

En su primer referencia a las concentraciones económicas la norma señala el elemento que caracteriza por excelencia a la agrupación (aquél sin el cual no podríamos admitir la existencia de la misma): la dirección unificada.

Así, esa unidad de dirección se refleja, justamente, a través de la toma de control sobre una o varias empresas (exigencia expresamente prevista en el referido art. 6).

Al respecto no podemos dejar de destacar la opinión de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, la que señala que a los fines determinar la existencia de una relación de control en referencia al capítulo III de la ley 25.156 no corresponde atenerse a los criterios de la ley 19550 y en particular al art. 33 de la misma²⁸.

Naturalmente coincidimos con este criterio: si bien las pautas societarias pueden ayudarnos en la interpretación de determinadas cuestiones relativas a las alianzas estratégicas de empresas, no podemos olvidar que éstas exceden el marco societario (como ya hemos visto) y a veces la ley 19.550 no resulta una herramienta útil, como en este supuesto.-

A ello debemos sumar otro argumento, destacado por Martínez Medrano: el art. 3, segundo párrafo de la ley de defensa de la competencia recepta de manera explícita el principio de la realidad económica, ***"a tenor del cual ha de tenerse en cuenta las situaciones y relaciones económicas para merituar las conductas a enjuiciar por la ley"***²⁹. Ello impone la necesidad de no atenerse a los conceptos jurídico societarios al analizar las exigencias de la norma. Lo que realmente importa es la realidad de las concentraciones, donde la toma del control de una concentración tienen otro sentido: la dirección unificada del conjunto.-

De esta manera, e interpretando la exigencia de la toma de control de esta forma, consideramos totalmente correcta esta primera enunciación ya que este es justamente uno de los elementos o requisitos esenciales para la existencia de una concentración. En todos y cada uno de los supuestos que hemos estudiado ut supra surge claramente la existencia de un control que impone la necesaria unidad de decisión económica.

Y, como señala la norma, este control puede ejercerse sobre una única empresa (ante el nacimiento de una UTE³⁰ o una Sociedad de Sociedades); o sobre varias empresas (que pueden ser "dirigidas" por una Sociedad Madre -a través del llamado Grupos de Sociedades-) o por un empresario que imponga su criterio a la pequeña empresa con la que se ha integrado (Contrato de Subempresa Integrada), así como también a través de la influencia que ejerce quien posee un control financiero sobre su empresa deudora (en el caso de una Agrupación de Hecho).-

Como vemos en todos y cada uno de los supuestos analizados se requiere esta toma de control por parte de un participante (o varios) de la concentración.-

Ahora bien, es importante no incurrir en el error³¹ de entender que la referencia del primer párrafo, relativa a la exigencia de una toma de control, apunta a la imposición de una empresa sobre otra. Si interpretáramos la exigencia de esta manera la norma únicamente regularía los supuestos de alianzas de subordinación y (según que interpretación de realice de los supuestos enumerados posteriormente) podrían llegar a carecer de sentido las

²⁸ Así lo destacan expresamente BIAGGINI; Pablo Alejandro y BOLLATTI, Jorge Luis; "Los Derechos Protectorios..." op. cit. 25.-

²⁹ MARTINEZ MEDRANO, Gabriel; "Control de Monopolios y Defensa de la Competencia" Ed. LexisNexis, pág. 121.-

³⁰ Si bien la utilización del término empresa puede ser criticable por su falta de conceptualización jurídica, entendemos que vale la pena destacar que al no referirse a una persona sino a una empresa podemos comprender dentro del enunciado tanto el supuesto de las UTE, u otras figuras a través de las cuales no se creen nuevas personas jurídicas, como aquellas en las que efectivamente se configure un nuevo sujeto de derecho.

³¹ Error en el que he cometido en el artículo "El tratamiento de las alianzas estratégicas de empresas en la ley de defensa de la competencia" de Marcelo Quaglia, publicado en la Revista Derecho y Empresa Nro. 11 pág. 213 y ss.-

menciones que se realizan con relación al ejercicio de una "influencia determinante" de una empresa sobre otra (donde podría entenderse que existen referencias a, justamente, una alianza de subordinación).

Interpretar el texto de otra manera (entendiendo que la referencia a una toma de control lo limita a las alianzas de subordinación) nos llevaría entender que la norma se autolimita y que, además, desconoce una realidad económica en la que la tendencia apunta hacia el crecimiento de los acuerdos de colaboración, en contraposición con los de subordinación (en total discordancia con el art. 3 de la misma ley, ya citado).-

Asimismo, la enunciación del art. 6 pareciera ratificar nuestra interpretación dado que dentro de sus incisos podemos encontrar supuestos de alianzas de coordinación o de subordinación (por ejemplo la fusión, que puede ser acordada –coordinación- o por absorción –subordinación-).

De esta manera tenemos determinado un primer elemento esencial necesario para la existencia de una concentración económica, encontrándose una plena coincidencia entre el fenómeno real y su correlato jurídico.

Ahora debemos dilucidar que sucede con el segundo elemento que destacáramos como constitutivo de las alianzas estratégicas de empresas: el control patrimonial.

Al respecto, y como ya hemos manifestado, a nuestro entender, el mismo resulta una consecuencia lógica de la primer exigencia, por lo que, en virtud de este razonamiento, la norma hasta podría obviar su referencia (de esta manera, existiendo unidad de dirección, dicha unidad conlleva necesariamente a la existencia de control patrimonial³²).

Tal es el supuesto de marras, donde la definición omite la referencia al control patrimonial pero, lamentablemente, se extiende por otros derroteros, innecesarios a nuestro entender, y que parecieran determinar nuevas exigencias para configurar la concentración económica.

En efecto, hemos visto ya que, en virtud de lo dispuesto por el artículo seis, no basta con que el acto de concentración económica conlleve a la toma de control de una o varias empresas sino que, además, esa toma de control debe realizarse a través de una serie determinada de actos, señalados en los incisos que enuncia la norma.

Pasemos ahora analizar los actos que se exigen para entender como configurada una concentración económica susceptible de relevancia a los fines de la defensa de la competencia.-

Al respecto, si bien ya hemos destacado que la enumeración del art. 6 es meramente enunciativa, igualmente se encuentra "limitada" ya que, sin perjuicio de la generalidad descrita por la misma, la toma de control debe configurarse a través de los dos supuestos señalados en el inciso d: **"cualquier otro acto o acuerdo que":**

- a) en forma fáctica o jurídica transfiera a una persona o grupo económico los activos de una empresa;
- b) otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

¿Efectivamente esta exigencia limita la generalidad que pretendíamos darle a la norma?

A fin de buscar una respuesta a esta pregunta debemos continuar con nuestro análisis...

II.- 2) La transferencia en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico de los activos de una empresa.-

En primer lugar debemos destacar, aunque brevemente, la incorporación al texto legal de conceptos netamente económicos, sin correspondencia en el mundo del derecho, lo que naturalmente puede llevar a variadas y disímiles interpretaciones.

De esta manera, no podemos dejar de preguntarnos por el significado de "grupo económico", o el de "transferencia", tanto jurídica como fáctica, conforme señala la norma (aunque, con relación a este último punto

³² Somos conscientes de que de esta manera podría llegar a entenderse que los elementos caracterizantes de una alianza estratégica de empresas se podrían reducir a uno sólo. Esta interpretación (naturalmente discutible) permite equilibrar la norma a fin de que la misma comprenda la mayor cantidad posible de agrupaciones empresarias.-

quizás podamos llegar a asimilar el sentido de "transferencia jurídica" al de adquisición, pero ¿cómo explicar el sentido de lo que la ley da en llamar transferencia fáctica?).

A pesar de lo señalado trataremos de dilucidar el significado del texto.-

Debemos destacar que hemos buscado una definición de transferencia en la Enciclopedia Jurídica Omeba, para encontrar, no sin asombro, que la misma ni siquiera contempla el término.

A partir de allí pasamos al Diccionario de la Real Academia Española, donde encontramos varias definiciones, considerando la más apropiada al texto legal la que establecía que se entiende como transferencia la "*acción o efecto de transferir*"³³. Naturalmente, a partir de esta definición debimos recurrir a la búsqueda del significado de transferir, encontrando que se entendía por tal el "*pasar o llevar una cosa de un lugar a otro*"³⁴.-

Así, estamos ya en condiciones de determinar que la ley 25.156 exige, a fin de entender que se ha configurado una concentración económica, que se produzca una toma de control de una o varias empresas a través de cualquier acuerdo o acto que implique traspasar los activos de una empresa a una persona o grupo económico.-

Evidentemente en este aspecto la ley pretende plantear una limitación a los supuestos de concentración que quedarían comprendidos en la misma, en comparación con el fenómeno que se suscita en la realidad.

El interrogante se plantea por sí solo: ¿por qué limitar los medios a través de los cuales se produce el efectivo resultado característico de la concentración económica? ¿Por qué debemos arribar a la toma de control a través del traspaso de activos?

Como bien señala Manóvil, la concentración se caracteriza por la traslación del poder de decisión hacia un nuevo centro, ya sea a través de estructuras societarias o contractuales³⁵ y, agregamos nosotros, en algunos supuestos independientemente de la exigencia de traspasos de activos de un protagonista de la concentración a otro.

La limitación de esta manera surge de forma evidente.

Y mejor no entremos a profundizar las exigencias de este supuesto, lo que sólo implicaría adentrarnos en mayores interrogantes aún. Por ejemplo, ¿por qué limitar la transferencia únicamente a los activos?

En efecto, a menos que entendamos la exigencia de forma amplia quedarían fuera del fenómeno, por ejemplo, los supuestos de fusión (finalmente incluidos por preverse en otro inciso) y escisión (no incorporado expresamente por la norma), donde se traslada total o parcialmente la totalidad del patrimonio de un sujeto de Derecho a otro sujeto de Derecho, y no únicamente los activos.-

Otra cuestión que entendemos que puede tener relevancia es la distinción que realiza la norma entre las posibles formas de transferencia.

En este sentido la ley determina que dicho traspaso o transferencia puede realizarse en forma fáctica o jurídica. Términos que a nuestro entender, si bien brevemente, también deben analizarse.

Al respecto baste por el momento señalar simplemente que no hemos podido configurar o imaginar un supuesto en el que de pueda producir una transferencia fáctica de activos desde el patrimonio de un sujeto de derecho hacia otro lugar. En efecto, en todos los supuestos posibles es necesario la configuración de una operación jurídica determinada, cuyo efecto principal o secundario es, justamente, dicha transferencia (compraventa - de acciones, de fondo de comercio, de cuotas sociales, etc.- donación, sucesión mortis causa, etc.).-

Debemos reconocer que si bien en un primer momento estuvimos tentados de equiparar la llamada transferencia fáctica a los supuestos de agrupaciones de hecho, en realidad este tipo de figuras se condicen claramente con el segundo supuesto (que analizaremos infra) y, aunque pueden implicar transferencia de los activos (a través de la

³³ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Vigésima Primera Edición, Madrid 1992, pág. 1424.-

³⁴ DICCIONARIO... op. cit. 33.-

³⁵ MANOVIL, Rafael M.; "Grupos de Sociedades", op. cit.. N° 6.-

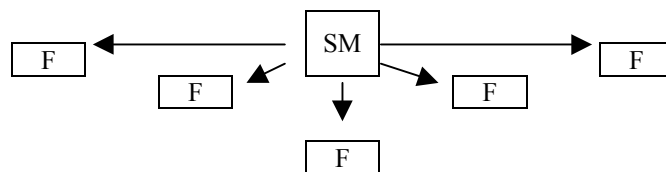
configuración de préstamos, contratos de know how, etc.), dicha transferencia no es fáctica sino jurídica, realizándose a través del mutuo celebrado, del contrato de know how, etc. (y, la posterior toma de control que se ejerce, deviene de esta transferencia jurídica).

Lamentablemente la transferencia fáctica de activos nos plantea una incógnita que no hemos alcanzado a develar...

De esta manera, dilucidado a grandes rasgos, el aparente sentido que pareciera darle la norma a la exigencia de una transferencia de activos, es necesario que realicemos lo que a nuestro entender es una importante salvedad: la exigencia de la transferencia de activos de una empresa a una persona o grupo económico no debe llevarnos específicamente a la idea de subordinación.

En efecto, dicha transferencia puede operar en dos direcciones. Recordemos a mero título ejemplificativo dos de los gráficos ya realizados al analizar la clasificación de alianzas estratégicas de empresas:

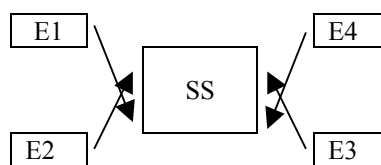
Un grupo de Sociedades fundado sobre participación radial.



En este supuesto resulta clara la transferencia de activos (de adentro hacia fuera) que realiza la llamada Sociedad Madre sobre las Filiales a fin obtener en las mismas la necesaria participación (vínculo financiero) que le permita arribar al control de la misma.

Naturalmente ello pareciera contradecir lo señalado, ya que en este supuesto de transferencia, la subordinación existe claramente.

Pero veamos ahora como actúa la referida transferencia en sentido opuesto en la llamada Sociedad de Sociedades:



En este caso las empresas son las que transfieren parte de sus activos (de afuera hacia adentro) a fin de constituir esta nueva persona jurídica.

Idéntico a este supuesto sería el de una Unión Transitoria de Empresas, donde varias empresas transfieren sus activos a fin de configurar ya no una persona jurídica, sino lo que la norma da en llamar un grupo económico.-

Ambas figuras son, por excelencia, supuestos de lo que hemos dado en llamar alianzas de coordinación, donde, como vemos puede darse una transferencia de activos sin necesidad de arribar a una situación de subordinación.

De esta manera podemos ya arribar a un primer conjunto de figuras que quedaría comprendido en definición de grupo económico que nos da la ley y que limitaría el espectro (conforme el concepto que se da en el ámbito de la realidad): aquellos supuestos en que la toma de control se produce a través de la transferencia de activos, donde podemos incluir tanto agrupaciones de colaboración como de subordinación.-

Allí encuadramos el Grupo de Sociedades; la Sociedades de Sociedades; en algunos supuestos de hecho los Contratos de Unión (generalmente las Agrupaciones Temporarias y los Acuerdos de Colaboración, pero siempre

y cuando impliquen la transferencia de activos) y en otros las Agrupaciones de Hecho³⁶ (aunque a éstas preferimos incluirlas en el segundo supuesto, que analizaremos infra).

Ya lo hemos señalado: la normativa pareciera limitar los supuestos de concentración económica que quedarían comprendidos en su articulado.

Veamos si lo mismo sucede con el otro supuesto comprendido en el inciso d)...

II.- 3) Influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.-

En realidad las nociones que incorpora la norma terminan por superponerse ya que varios de los supuestos que hemos analizado ut supra configuran hipótesis de "influencia determinante en la adopción de decisiones". Y, a través de la interpretación que desarrollaremos, podemos concluir que esta exigencia vuelve al principio general de la toma de control/unidad de decisión.-

Para comenzar podemos señalar que este caso, al no demandar la transferencia de activos, resulta pasible de un mayor espectro de aplicación.

De esta manera, podemos incorporar aquí (entre otros) a los Contratos de Integración, donde claramente se ve la influencia determinante de una empresa sobre la otra a través del "control externo" que éstas ejercen (generalmente sin transferencia de activo alguno). Y, claro está, debemos agregar también las ya referidas agrupaciones de hecho.

Pero, la señalada influencia también puede obedecer a "controles internos", como por ejemplo el supuesto en que la empresa controlante designe la totalidad del directorio de la controlada (sin que, reiteramos, necesariamente medie una transferencia de activos).

Igualmente entendemos que en virtud de los términos utilizados por la norma los supuestos no terminan de delinearse claramente.

En primer lugar debemos preguntarnos si podemos equiparar esta referencia a influencia determinante con la exigida en el primer párrafo del artículo como "toma de control".

En principio, dicha equiparación (aparentemente) tornaría a la norma redundante y hasta sin sentido.

Entonces, al exigirse la existencia de una influencia determinante. ¿Qué sentido y/o alcance se pretende darle al texto legal?

Podríamos sentirnos inclinados a suponer que la referencia apunta a los supuestos específicos de agrupaciones de subordinación donde no se configuraría una transferencia de activos pero, con una mayor amplitud que la demandada en los casos de empresas controlantes y controladas. En efecto la influencia determinante pareciera ser una referencia más genérica que la demandada para el ejercicio de control sobre otra empresa.

Y, podemos arribar a esta conclusión si vemos como la ley 19.550, al referir a supuestos de control en su artículo 33 exige el ejercicio de una "influencia dominante", en contraposición con el texto de la ley 25.156 que refiere a una "influencia determinante" (ya hemos destacado que las referencias al control societario no pueden utilizarse como sinónimos a los fines de interpretar el control de las agrupaciones en la defensa de la competencia).

¿Cómo debemos interpretar el nuevo término que incorpora la ley 25.156? ¿Sería una situación intermedia entre el control y el vínculo descrito en la ley 19.550³⁷? El supuesto de empresas controladas y controlantes ¿quedaría configurado en estos casos?

³⁶ Ya que a través del contrato de mutuo (al menos temporariamente) o del contrato de Know How por ejemplo, se podría producir una transferencia de activos.

³⁷ El mismo artículo 33 trata las cuestiones relativas a sociedades vinculadas, definiéndolas como los supuestos en que una sociedad, participe en más del 10% del capital de otra.

Obviamente la norma no termina de ser clara. O la influencia determinante debe interpretarse en el sentido más laxo posible (como un género frente a la especie influencia dominante) o los supuestos de agrupaciones de controlantes y controladas solo quedarían inmersos en el primer caso (siempre y cuando medie una transferencia de activos).-

Resulta de extrema lógica darle al término "influencia determinante" el sentido más amplio posible, donde pueda aplicarse tanto a los supuestos de influencia dominante³⁸ (acuerdo de subordinación), como a otros donde una empresa lleve a afectar e incidir en otra, quizás sin llegar al extremo de un control directo. Así, la influencia determinante podrá ser consecuencia de un control totalitario (art. 33 ley 19.550) o de una política de uniformidad sistemática en el grupo.

Y, la disposición resulta lo suficientemente laxa como para comprender cualquier acto o decisión, ya que expresamente aclara que se aplica a supuestos ordinarios y extraordinarios de administración.

Pero, al propugnar esta interpretación, somos conscientes que equiparamos el concepto de influencia determinante con el de toma de control exigido en el primer párrafo de la norma, resultando en tal sentido aparentemente redundante. A pesar de ello insistimos en apoyar esta interpretación, ya que la misma permite que, a través de este segundo supuesto del inciso d, arribemos a un concepto genérico de concentración en el cual pueden quedar comprendidos desde un Entente hasta un Contrato de Integración (pasando por todas y cada una de las etapas intermedias).

Arribados a este punto, tratemos de esquematizar brevemente la concepción de grupo económico que nos brinda la norma 25.156.-

TOMA	TRANS. JCA de ACTIVOS	GRUPOS DE SOCIEDADES SOCIEDADES DE SOCIEDADES CONTRATOS DE UNION (SUP. DE HECHO) AGRUP. DE HECHO (SUP. DE HECHO)
de	TRANSFERENCIA FACTICA DE ACTIVOS	
CONTROL	INFLUENCIA DETERMINANTE	CTTOS DE INTEGRACION CTTOS DE UNION (SUPUESTOS DE HECHO) AGRUPACIONES DE HECHO (SUPUESTOS DE HECHO)

No podemos dejar de comparar este esquema con el realizado al analizar las agrupaciones empresariales, advirtiéndose, naturalmente, evidentes diferencias.

Como vemos, y reiterando lo ya señalado, nos encontramos con una definición de concentración económica que nos demanda, correctamente a nuestro entender, una toma de control por parte de una o varias empresas, pero, únicamente de dos maneras: a) a través de la transferencia fáctica o jurídica de activos, o b) a través del ejercicio de una influencia determinante en la adopción de decisiones.

Y en este aspecto es donde entendemos que la norma pareciera errar el camino. En efecto, los dos supuestos de hecho genéricos y subsidiarios enunciados en el inciso d terminan implicando un principio general ya que los demás casos enumerados son claramente comprendidos en éstos³⁹, estableciéndose que la toma de control debe realizarse por estos dos únicos medios únicamente.

Bien podría alegarse que, la supuesta falta de claridad que denunciamos obedece al hecho de que nuestros métodos clasificatorios poseen un criterio diferente al planteado por el legislador (crítica con la que disintimos),

³⁸ Entendiendo influencia dominante como "la imposición de la voluntad de una sociedad a otra sociedad respecto de la administración de los negocios de esta última, ello dentro de determinadas circunstancias fácticas" (OTAEGUI, Julio, "Concentración Societaria...", op. cit. 20).-

³⁹ Si entendemos la transferencia de activos en un sentido amplio, admitiendo en ellas supuestos en que se pueda transferir la totalidad del patrimonio (activos y pasivos), los dos primeros incisos del artículo (fusión y transferencia de fondos de comercio) quedan comprendidos allí. Respecto al tercer inciso, que refiere a influencia en las decisiones, naturalmente debe incorporarse al supuesto de influencia determinante.-

pero aún en este supuesto no podemos dejar de señalar que la norma resulta a todas luces oscura al momento de utilizar términos específicos, así como que (y esto es lo más importante) al limitar la operación de concentración a esos dos medios específicos (transferencia de activos y influencia dominante) puede dejar fuera del ámbito de aplicación de la ley importantes supuestos de alianzas estratégicas de empresas (generalmente aquellos contratos que hemos dado en llamar de unión en los que no se produce una transferencia de activos), si adoptamos este criterio interpretativo.

Así, si equiparamos el ejercicio de "influencia determinante" al exigido por el artículo 33 de la ley 19.550, limitamos la norma a los supuestos de acuerdos de subordinación y de transferencia de activos, quedando fuera de la definición las demás concentraciones.

Y, si bien los jueces o el Tribunal de Defensa de la Competencia podrán sancionar a las agrupaciones empresarias en que medie un acuerdo de colaboración o subordinación excluido de la definición legal (sea de naturaleza societaria o contractual), ello será posible cuando éstas violen o pretendan violar disposiciones relativas a la libre competencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo primero (especialmente ante un supuesto de abuso de posición dominante) y segundo de la ley. Pero a este tipo de acuerdos no se les podrá imponer el contralor dispuesto en el capítulo tercero, ya que no están comprendidos dentro del concepto de concentración económica que da la ley.

De existir una posible lógica a esta omisión, la misma escapa a nuestros sentidos (al igual que el silencio que aporta el decreto 89/01, al no reglamentar la norma).

Es en virtud de estas razones que propugnamos una interpretación "elástica" de la concepción de influencia determinante, la que si bien nos lleva a hablar de un concepto redundante y reiterado en el primer párrafo del artículo sexto, implica salvar los obstáculos señalados y abarcar la totalidad de alianzas estratégicas y concentraciones económicas que se producen en la realidad.

Cabe señalar, ya que debemos tenerlo presente, que propugnamos esta "expansión interpretativa" dado que la norma posteriormente se encarga de limitar las concentraciones económicas a las que aplica el régimen de prevención que dispone (art. 8 ley 25.156). Ante esta situación entendemos necesario propugnar una interpretación amplia de esta definición, no sin dejar de destacar que hubiera sido mucho más sencillo limitar la misma al primer párrafo de la norma aclarando que la enumeración que se realizaba era meramente ejemplificativa.

CONCLUSION

Conforme el desarrollo realizado entendemos que debe procurarse incorporar dentro del contralor preventivo impuesto por el capítulo III de la ley 25.156 toda aquella concentración empresaria que quede comprendida dentro de los límites cuantitativos impuestos por el art. 8 de la ley⁴⁰, ya que la definición dada por la misma norma en el art. 6 debe tomarse como una pauta "abierta", tendiente a incorporar en la misma cualquier tipo, forma y modo de concentración. Tal es la interpretación que propugnamos.-

⁴⁰ Cuando el volumen total de negocios en el país supera los doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000,00).-

COMENTARIOS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ARGENTINA¹

Por: **Guillermina Tajan**²
e-mail: gerardosaa@interar.com.ar

Introducción

El tratamiento dado a los actos de competencia desleal en la legislación Argentina es bastante disperso, al no contar con un cuerpo orgánico que se refiera a estos actos, nuestra legislación nos ofrece normas directamente aplicables que como la Ley de Defensa de la Competencia (25.156), la Ley de Lealtad Comercial (22.802), y el art. 159 del Código Penal, así como también normas de derecho internacional a través de lo establecido por el art. 10 bis del Convenio de Paris (incorporado a la legislación por la Ley 17.011)

1. El derecho de la competencia como categoría jurídica

El derecho de la competencia tiene sus verdaderos antecedentes en la legislación de Canadá y especialmente en Estados Unidos³, así como también en países europeos, Alemania, Francia, Gran Bretaña y España. Actualmente en el sistema comunitario, se lo considera en forma muy positiva y es uno de los temas más importantes de la Comisión Europea.⁴ En cuanto al tratamiento del derecho de la competencia, podemos decir, que el mismo se ha convertido en una categoría jurídica comprensiva de todos aquellos temas y aspectos que conlleva la regulación del mercado con el fin de lograr una cobertura completa de los intereses que concursan dentro del fenómeno oferta-demanda. Es por ello que no solo se limita al tratamiento de las conductas y prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y el control de las concentraciones económicas, dentro de esta categoría también se encuentran comprendidos los actos de competencia desleal y toda la protección del consumidor.^{5,6}

Si observamos lo establecido en nuestro país, ante las limitaciones y restricciones que pueden presentarse en el mercado, o que afecten su estructura, vemos que existe en la legislación Argentina un régimen contra las prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante y el control de concentraciones económicas.⁷ Pero no contamos con una normativa específica que tenga como fin regular sobre los actos de competencia desleal, ya que una vez dada la efectiva participación en el mercado, es preciso que la competencia se ejerza de manera correcta, sin distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.

En cuanto a la protección del consumidor, el mismo apunta a la defensa de la parte débil en la relación de consumo, en atención al desequilibrio que existe entre el consumidor y el empresario o comerciante, en este caso la Argentina si cuenta con legislación que protege los derechos de los consumidores, aunque es importante recordar que esta ley regula la relación entre el comerciante o el prestador de un servicio en su calidad de

¹ Este trabajo fue presentado en las X Jornadas de Instituto de Derecho Comercial realizadas en Comodoro Rivadavia los días 5 y 6 de octubre del 2002.

² Abogada, Secretaria Académica del Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina (UNA), Miembro de la Comisión de Defensa Competencia de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, Miembro de la Comisión de Defensa de la Competencia de la UNA, Auxiliar Docente de Derecho Comercial de la Universidad de Buenos Aires.

³ A través de lo establecido en las distintas leyes que se fueron sancionando en el tiempo como las pioneras Sherman Act -1890- y Clayton Act -1914-, y luego las leyes Robinson-Patman -1936-, Celler-Kefauver -1950- y Hart-Scott-Rodino -1976.

⁴ La Comisión Europea tiene entre sus Direcciones Generales la Dirección General IV que es la encargada de llevar a adelante toda la política de competencia de la UE a nivel comunitario.

⁵ En muchas legislaciones el tratamiento de hace en forma conjunta a través de una misma ley dividida en varios capítulos en donde se regula la defensa de la competencia, la competencia desleal y la protección del consumidor.

⁶ En el presente trabajo no se analizara toda la regulación en materia de dumping, subsidios, o las llamadas "ayudas públicas". Sin bien estos son considerados como actos que pueden producir una restricción a la libre y sana competencia en el mercado, pueden constituirse en actos de competencia desleal, excediendo los mismos el marco de análisis del presente.

⁷ La Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156/99, el Decreto Reglamentario 89/2001, junto con el Dec. 396/01 y las Resoluciones 40/01 y 164/01 conforman la legislación en esta materia. En referencia a esta temática puede consultarse, entre otros: Cabanellas de las Cuevas Guillermo (h) Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia. Ed. Heliasta 1983, Pieroni, Agustín Monopolio y libre competencia, ED 171-1028, Otamendi, Jorge El interés económico general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia, LL 1999-F, Pág. 1087, Vitolo, Daniel, Panorama actual sobre defensa de la competencia y concentraciones económicas en la Republica Argentina, Primer Congreso Argentino - Español de Derecho Mercantil, Valencia 2001, Pascar, Norma, Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Argentina. Actualidad en la UE y Mercosur, VII Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho Comercial, Ed. Ad Hoc 2000, Pascar Norma y Tajan Guillermina, Las políticas de Competencia en Argentina y Chile. Comentarios sobre su alcance en el Acuerdo Mercosur-Chile, en Negocios Societarios, Concursales y de la Integración Argentina-Chile, Nov. 2000 Ed. Ad-Hoc, Muruzeta Franciso, Comentarios a la nueva ley de Defensa de la Competencia, ED 187, Pág. 1222.

consumidor final (art. 1) Ley 24.240. Esta ley que protege a los consumidores establece en su art. 3, que sus disposiciones deberán interpretarse integrándose con la Ley de Lealtad Comercial Ley 22.802⁸ y con la Ley de Defensa de la Competencia Ley 25.156.

En cuanto al tratamiento de la cuestión dentro del ámbito penal, el delito de competencia desleal se encuentra previsto por el art. 159 del Código Penal, a través de la figura de concurrencia desleal. Spolansky sostiene, que el autor de este delito puede ser aparentemente, cualquiera, sin embargo, la ley señala que la acción es "tratar de desviar en provecho propio, la clientela de un establecimiento comercial e industrial". La ley requiere como condición del tipo penal que autor "tratare de desviar... la clientela", y esto solo es posible de entender si la acción es dolosa. Estos actos deben estar concretamente orientados a captar la clientela ajena a través de maquinaciones fraudulentas, sospechas, malévolas o cualquier otro medio de propáganda desleal.⁹

El tipo penal implica la necesidad del elemento de culpabilidad para que el juez pueda calificar la deslealtad del acto, por tal motivo, al exigirse en materia penal el elemento psicológico o volitivo, se impide el análisis de las conductas no tipificadas y de aquellas conductas consideradas desleales por contrarias a determinados parámetros objetivos que se utilicen en el ordenamiento jurídico concreto. Además, como consecuencia de la necesidad de la declaración de culpabilidad, todos los intentos de introducir una acción de cesación o prohibición en esta materia serían inútiles. En la sanción del comportamiento desleal en materia concurrencial se prescinde de la culpa y del dolo, ya que es la antijuricidad abstracta del acto la base de la prohibición del cometer este tipo de actos.¹⁰

2. La competencia desleal

Cuando hablamos de competencia desleal, y con el fin de acercarnos a su significado, entendemos que se han desatendido o dejado de lado los usos honestos en las actividades desarrolladas con motivo de la concurrencia en un mercado determinado. Se ha entendido por acto de competencia desleal, o más simplemente, acto desleal, a todo acto contrario a los usos honestos (leales) de los negocios.¹¹

También se ha sostenido que los individuos o agentes tienden a comportarse en forma oportunista, es decir tienden a sacar provecho de los errores o las debilidades de los demás, en una medida que sobrepasa las reglas establecidas por la costumbre o por los "buenos usos comerciales", en otras palabras compiten "deslealmente".¹²

La jurisprudencia Argentina ha dicho que "la libre competencia como toda libertad no es ilimitada, su ejercicio encuentra límites en los preceptos legales, que la reglamentan y en los derechos de otros competidores, presupone un ejercicio legal y honesto del derecho propio, expresión de la integridad profesional. Excedidos dichos límites, surge la competencia desleal, que ningún precepto legal define en razón de la infinita variedad de actos que pueden constituirlos".¹³

El ilícito de competencia desleal es de carácter objetivo y de peligro. No es necesario que la conducta sea dolosa o culpable para que acontezca la deslealtad. Probada la antijuricidad del acto, se configura el ilícito, sin que sea necesario juzgar la intencionalidad del autor. El ilícito concurrencial "queda construido en torno a la conculcación del normas objetivas de comportamiento, que se imponen por igual sobre todos los agentes económicos que actúan en el mercado".¹⁴

En la doctrina española se considera que la regulación contra la competencia desleal tiene por objeto la protección de intereses diversos, esto es, la de todos los que participan en el mercado, empresarios y

⁸ En esta ley se establecen normas sobre identificación de mercaderías, denominación de origen y se prohíbe la publicidad engañosa, inexacta o que pueda inducir a error o confusión.

⁹ Spolansky, Norberto Eduardo, *El Delito de Competencia Desleal y el Mercado Competitivo*, BsAs. Ad-Hoc. 1997, pag. 16 y 25.

¹⁰ García Menéndez, Sebastián Alfredo, *Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal*. ED-192 Pág. 883.

¹¹ Zorraquin Arcama, Ernesto, *La Competencia Desleal en el Convenio de Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial*, Cuaderno de la Universidad Austral N° 1, 1996, Depalma. Pág. 26.

¹² Carpio, Miguel, *La competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica del mercado*. *The Journal of Latin American Competition Policy*, Dic. 1998.

¹³ CNCom., sala A, marzo 24-2000 "Mayeutica, SRL c/ Entrepreneur SA y otro s/ sumario", publicado en ED 4 de agosto de 2000.

¹⁴ Massaguer, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid 1999, citado por García Menéndez Sebastián Alfredo, *Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal*. ED-192 Pág. 888.

consumidores, además de proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo, evitando que se vea distorsionado por actuaciones incorrectas.¹⁵

También se ha sostenido que la ley de competencia desleal española creó un marco normativo cierto y definido, optando por un modelo social, que tutela los intereses generales, en contraposición del modelo corporativo profesional, que regía anteriormente.¹⁶

Como ya se expresó, en Argentina no contamos con un cuerpo orgánico que se refiera a actos de competencia desleal, como si existe en otras legislaciones, por ejemplo, la ley española de competencia desleal¹⁷, la ley colombiana¹⁸ o la ley peruana de competencia desleal¹⁹, y tampoco tiene un tratamiento expreso como el tratamiento otorgado por la legislación venezolana de competencia²⁰. Sin embargo, contamos con un conjunto de normas previstas en distintas leyes y en la legislación de fondo como el Código Civil y el Código Penal. Estas normas provienen del derecho interno como la Ley de Defensa de la Competencia (25.156), la Ley de Lealtad Comercial (22.802), la Ley de Marcas 22.362, el art. 159 del Código Penal.

Con referencia a los arts. 953, 1109 y 1198 del Cod. Civil, se ha señalado que la jurisprudencia ha recurrido a ellos para combatir estos actos, y reconducir al acto concurrentemente desleal como ilícito civil y evitar que las consecuencias dañosas derivadas de dichos actos queden impunes.²¹

A su vez contamos con normas que provienen del derecho internacional adoptadas como legislación en nuestro país, como el art. 10 bis del Convenio de París, en su versión acta de Lisboa 1958 para los artículos relativos a derechos y en su versión Estocolmo 1967 para lo atinente a la organización de la Unión (leyes 17.011 y 22.195 EDLA 1980-92), estableciendo a modo de cláusula general, lo siguiente: "*Art. 10 bis. 1. Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2. Constituye un acto de competencia desleal todo acto de protección contrario a los usos honrados en materia industrial o comercial. 3. Principalmente deberán prohibirse: 1) cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, 2) las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tiendan a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor, 3) las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de mercancías*". Esta cláusula de carácter general, viene a complementar lo establecido en la materia ya sea a través de las leyes ya citadas o por la legislación de fondo.²²

3. Clasificación de actos de competencia desleal

Aunque no contemos con un cuerpo orgánico de normas sobre competencia desleal, es muy ilustrativa la clasificación de actos de competencia desleal desarrollada por la doctrina española. En este sentido Concepción Molina Blazquez nos ofrece una clasificación en la cual divide los actos desleales en tres grupos:²³

¹⁵ En este sentido ver Bercovitz, Alberto "Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal" Pág. 22, en La Regulación contra la Competencia Desleal, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

¹⁶ Ricardo Alonso Soto, "Competencia desleal", Conferencia dictada en el marco del II Seminario Hispano- Argentino de Derecho Mercantil, UBA-Universidad San Pablo CEU (España)- Universidad Notarial Argentina, Abril/Mayo 2002.

¹⁷ España regula estos actos a través de la Ley de Competencia Desleal N° 3/1991.

¹⁸ En Colombia el tratamiento se realiza a través de una ley específica la Ley 256 del año 1996 en donde se establece que el principal objeto es garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, aplicándose la misma tanto al comerciante como a cualquier persona que realice los comportamientos calificados como de competencia desleal en el mercado y con fines concurrentiales.

¹⁹ Decreto Ley 26122, en donde se establece que para la calificación del acto como uno de competencia desleal, no es necesario acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, es suficiente el perjuicio potencial e ilícito al competidor, consumidores o al orden público.

²⁰ En Venezuela el tratamiento se hace a través de la Ley para Promover y proteger el ejercicio de la libre competencia del año 1991(art. 17).

²¹ García Menéndez, Sebastián Alfredo, Competencia desleal: Diferenciación de la defensa de la competencia y concepto de acto de competencia desleal. ED-192 Pág. 884.

²² En oportunidad de comentar el fallo "Japan Tobacco Inc. y otro c/ Massalin Particulares SA, CNFed. Civ. y Com, 14/6/2001 se analizó lo establecido por el art. 10 bis del Convenio de París. Publicado en Revista Doctrina Societaria y Concursal, ERREPAR, Dic. 2001, con nota de mi autoría.

²³ Molina Blazquez, Concepción, Protección Jurídica de la Lealtad en la Competencia, Editorial, Montecorvo SA, Madrid, 1993, pag. 23.

- 1) **actos de deslealtad hacia el competidor:** entre los cuales se incluyen aquellos que generan confusión, los de denigración y aquellos que suponen la desorganización interna de una empresa rival (denominados de agresión)²⁴;
- 2) **actos de deslealtad hacia el consumidor:** en esta categoría son consideradas aquellas conductas que atentan contra la libertad de elección propiamente dicha (ventas agresivas a domicilio, por teléfono, por correo), las que distorsionan la percepción de la calidad, cualidades y características del producto o servicio (publicidad engañosa, subliminal) y las que influyen en la correcta apreciación del precio (utilización de regalos, envases de doble uso, premios, rifas, ventas atadas, ofertas de atracción) dado que alteran o interfieren en la capacidad de comparación de precios que tiene el consumidor,²⁵
- 3) **actos de deslealtad de mercado:** en este grupo se incluyen todas aquellas practicas que trastornan el normal y correcto funcionamiento del mercado, como la obstaculización de entrada o salida del mercado, ya sea a través de boicots o discriminación de precios y las conductas en la lucha de precios, a través de las ventas por debajo del costo de adquisición.

4. Defensa de la Competencia

En referencia a los actos de deslealtad de mercado, recientemente enunciados, entiendo que los mismos se encontrarían estarían previstos en el derecho argentino, en la cláusula general establecida por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (25.156), en donde se establece la prohibición y su consiguiente sanción, de todos los actos o conductas, que relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, tenga por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, todo ello con el presupuesto de que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general.

A su vez, podemos señalar que algunos de estos actos de deslealtad de mercado, se encontrarían enunciados en el art. 2 de la ley 25.156. Como es el caso del inc. m) que se refiere expresamente a la enajenación de bienes a precios inferiores a sus costos (precios predatorios), ya que a través de la fijación de precios por debajo de los que regirían en una situación competitiva, se fuerza a que los competidores actuales se retiren del mercado o se produce la disuasión en la entrada de nuevos competidores. Esta practica tiene como característica que produce un efecto inmediato, en el sentido que se observa un incremento del excedente de los consumidores a través de precios bajos pero crea el peligro de que en un etapa posterior surja una posición de dominio que ocasione un perjuicio. Ahora bien, con respecto a este tipo de practica se ha sostenido que la venta a perdida solo podrá ser calificada como desleal cuando forme parte de una estrategia para eliminar a un competidor, es decir que se establezca la intención de eliminar a los competidores del mercado.

Para la ley española la venta a perdida es un acto perfectamente licito, ya que la fijación de precios es libre, aunque se reputara desleal cuando: induzca a error al consumidor sobre los precios del mismo establecimiento, cuando tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajenos, o cuando forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado.²⁶

La ley de defensa de la competencia española Ley 16/1989 (modificada por la Ley 52/1999) contiene una cláusula (art. 7), en donde se trata el falseamiento de la libre competencia por actos desleales, la misma establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá en los términos de dicha ley, cuando: a) el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y b) cuando esa grave distorsión afecte al interés publico.

En la doctrina española se ha sostenido en referencia a dicha cláusula, que con ella se crea un nuevo ilícito antitrust que tiene por objeto la represión de ciertos comportamientos desleales que cumplan determinados requisitos y condiciones. También se ha señalado que no se trata de una represión global de todos los ilícitos

²⁴ Este tipo de actos desleales hacia el competidor, generalmente se llevan a cabo a través de publicidad denigratoria, falsa y/o que lleve a confusión con el objetivo de desplazar al competidor y restarle clientela o consumidores de su producto o servicio. En los autos "Casa Hutton SA c/ Resmacon SRL" la CNCCom, sala b, sostuvo que "si la actora no prueba el desvio o disminución de su cartera de clientes por publicidad desleal de su competidora, (...) no se configura lesión alguna a sus intereses que sea susceptible de ser resarcida", La Ley 2000-C-184, ED-187-355.

²⁵ Con este tipo de actos se afecta en forma mas directa al consumidor ya se atentando en su buena fe a la hora contratar u ofreciéndole prestaciones que no son ciertas.

²⁶ Art. 17 Ley 3/1991. Soto, Ricardo Alonso, "Supuestos de Competencia desleal por venta a perdida y discriminación", en La Regulación contra la Competencia Desleal, Cámara de Comercio e Industria de Madrid,1992.

desleales cuya regulación general se encuentra en la ley de competencia desleal y cuya persecución queda encomendada a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria.²⁷

4.1. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

La Ley 25.156 estableció como autoridad de aplicación el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (art. 17), hasta tanto el mismo sea constituido, la Secretaría de Defensa de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor, es la autoridad de aplicación a través de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y por lo tanto el organismo administrativo encargado de recepcionar las denuncias y llevar a delante las investigaciones de oficio en su caso. La reglamentación de la ley estableció que las partes del proceso podrán interponer recurso de apelación por ante la Cámara Federal en lo Civil y Comercial Federal en la Ciudad de Buenos Aires y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país.²⁸

Siguiendo con la interpretación sostenida anteriormente, si entendemos que nos encontramos ante un acto de competencia desleal que afecta el interés económico general, y por lo tanto se encuentra incluido en la cláusula general del art. 1 de la ley 25.156, se podría presentar una denuncia ante la CNDC, y en un futuro ante el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, a su vez los damnificados, ya sean personas físicas o de existencia ideal, por actos anticompetitivos y desleales también tendrían la posibilidad de presentar una acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios, la que se encuentra prevista en el art. 51 de la ley 25.156.²⁹

Con el art. 43 de la CN se incorpora como forma de defender los derechos establecidos por el art. 42 CN, la acción de amparo. Con esta disposición, se establece la posibilidad de iniciar una acción de amparo, sino existe otro medio judicial mas idóneo, esta acción la podrán realizar tanto las personas físicas como las jurídicas, contra autoridades publicas de los tres poderes o actos de los particulares.³⁰

5. Lealtad Comercial

En referencia a los actos desleales que atentan contra el consumidor en forma directa, y en forma indirecta afectan el normal desenvolvimiento del mercado, la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802, establece en su art. 9 la prohibición expresa de realizar cualquier tipo de publicidad o propaganda que pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de algún bien mueble, inmueble o servicio.³¹ La jurisprudencia ha sostenido que “el fin que se persigue con la Ley 22.802 de Lealtad Comercial, es evitar que los consumidores sean inducidos a error o falsedad en la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose, de ese modo, el derecho de aquellos a una información adecuada, completa y veraz en la relación de consumo”.³²

La Secretaría de Defensa de la Competencia, Desregulación y del Consumidor, es el organismo de aplicación de la ley de Lealtad Comercial y ejerce el poder de policía de comercio fiscalizando, juzgando - y en caso de corresponder - sancionando conductas que violan la normativa mencionada o sus reglamentaciones. El sistema de contralor permite al Organismo actuante investigar y juzgar las presuntas violaciones legales ya sea por denuncia de consumidores o empresas que operan en el mercado contra sus competidores o de oficio, es decir, sin necesidad de petición privada, ni de perjuicio individual concreto. Ello es así por cuanto la legislación en cuestión tiene como objetivo primordial la defensa de la salud y de los intereses económicos de los consumidores, debiendo el Estado garantizar el fiel cumplimiento de aquellos a fin de cumplir el claro mandato constitucional (art.42 de la Carta Magna). De modo muy general se puede decir que la mayoría de las actuaciones administrativas por aplicación de la Ley N° 22. 802 de Lealtad Comercial han sido consecuencia de controles iniciados de oficio por la Secretaría, circunstancia que se invierte cuando se trata de violaciones a la Ley N°24.240 de Defensa del Consumidor y sus reglamentaciones, en este último caso la mayoría de los

²⁷ Martínez -Pujalte Cerda Carmen, "La cuestión de la autonomía hipológica del tratamiento antitrust de los actos de competencia desleal", Ponencia presentada en el Primer Congreso de Derecho Mercantil Argentino-Español, Valencia 2001.

²⁸ Decreto reglamentario 89/01 arts. 26 y ss y art.53.

²⁹ Tajan, Guillermina. La competencia desleal y su tratamiento en la legislación argentina, Doctrina Societaria y Concursal, ERREPAR, N° 174, Mayo 2002.

³⁰ Rimoldi de Ladman, Eve. Derecho y Política de Defensa de la Competencia, pag. 198, Editorial La Ley, 2000.

³¹ El órgano de aplicación de esta ley es también la Secretaría de Defensa de la Competencia, Desregulación y Consumidor, y las resoluciones que la misma dicte en forma condenatoria podrán recurrirse ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal (art. 22 Ley 22.802)

³² CNPenal Económico, Sala B, junio 13 2000 ED 4 de febrero de 2001 "Tevecompras 2001 s/infr ley 22.802"

expedientes han sido iniciados a raíz de denuncias de los consumidores contra la empresa vendedora como prestadora de algún servicio.³³

La Dirección Nacional de Comercio Interior actúa como tribunal administrativo en el juzgamiento de las presuntas infracciones. En caso de comprobarse la violación a la ley la empresa es sancionada y en el caso de la aplicación de la ley 24240 aquélla es obligada a publicar a su costa la parte dispositiva de la sentencia en un diario de mayor circulación. El tipo de sanción que más se ha impuesto es la multa que varía según el tipo de infracción cometida, el eventual peligro a la salud de los consumidores, la posición de la infractora en el mercado, el carácter de reincidente de la sumariada, etc. La multa tiene un carácter represivo como en la mayoría de los casos que involucran la materia penal-económica. El principal objetivo es lograr que los agentes proveedores de bienes y servicios en el mercado doméstico ajusten su actuar a las normas reglamentarias. La multa entonces debe tener una entidad suficiente como para disuadir a la infractora de volver a violar la ley al tiempo que envía una señal al resto de las empresas respecto de la vigencia real de las normas. La existencia de contralores públicos y la imposición de sanciones como consecuencia de conductas que no se ajustan a lo legalmente establecido es una cuestión de vital importancia para fomentar la defensa de los derechos de consumidores y la lealtad en las relaciones comerciales, por cuanto induce al encauzamiento y corrección de conductas perjudiciales para la sociedad en su conjunto.³⁴

6. Relación existente entre la defensa de la competencia y la competencia desleal

En doctrina se ha sostenido que es indudable que entre ambas ramas del derecho de la competencia existe un punto de conexión, ya que a través de actos de competencia desleal se puede falsear sensiblemente la libre competencia. En este sentido se ha señalado que la defensa de la competencia protege al orden público económico de la acción de los competidores, mientras que la protección contra la competencia desleal sanciona a los actos desleales de los competidores "entre sí".³⁵

En referencia a los actos anticompetitivos, se ha señalado que los mismos suponen restringir la independencia entre las partes de forma tal que conducen a limitar las opciones abiertas a los consumidores y a otras personas que operan en los mercados. Los actos de competencia desleal tienden a falsear el resultado de una auténtica concurrencia, por ejemplo una publicidad engañosa. La competencia desleal ha nacido de la práctica, es el derecho de los comerciantes, cuyas reglas tienden a asegurar una cierta deontología profesional, son tan antiguas como el desarrollo del comercio y de los mercados. El derecho de la libre competencia es más reciente, reposa sobre la constatación de que el juego de la competencia, dejado a sus propias fuerzas se autodestruye naturalmente.³⁶

En la ley de Competencia Desleal Española N° 3 del año 1991, se establece la posibilidad de iniciar distintas acciones derivadas de actos de competencia desleal. En su art. 18 se dispone que podrán ejercitarse las acciones declarativa de la deslealtad del acto, la acción de cesación del acto o de prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica, la acción de remoción de los efectos producidos por el acto, la acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto si ha intervenido dolo o culpa del agente y finalmente la acción de enriquecimiento injusto.

En algunos ordenamientos, la protección contra la competencia desleal no sólo responde al interés de los empresarios afectados, sino que existe un interés público en que el sistema competitivo funcione, es por ello que como consecuencia de la protección de dicho interés, y allí se incluyen el interés de los consumidores, en

³³"Temas del Consumidor" N° 37 Secretaría de Defensa de la Competencia, Desregulación y Consumidor. Año 2000

³⁴Temas del Consumidor" N° 37, ob. cit.

³⁵García Menéndez, Sebastián, ob. cit.

³⁶Kemelmajer de Carlucci, Aida, Primera Aproximación a los daños causados por conductas anticompetitivas. Daños en la actividad comercial, 2001-3, pag. 463 y ss. Revista de Derecho Daños Rubinzal Culzoni.

algunos casos también se les reconoce legitimación activa para el ejercicio de las acciones de competencia desleal.³⁷ En nuestra legislación es posible dar participación a las asociaciones de consumidores como parte coadyudante en los procedimientos que se sustancien ante el mismo (art. 42 Ley 25.156 y art. 52 y ss Ley 24.240).

³⁷ España y Colombia son ejemplos de ello.

THE INTERACTION BETWEEN TRADE AND COMPETITION POLICIES: TOWARDS THE PROCESS OF TRADE LIBERALISATION AND GLOBAL COMPETITION RULES

By: **Danielle S. Borgholm (LLM)¹**
e-mail: danielleborgholm@hotmail.com

1. Introduction
2. The Relation between Trade and Competition Policies
2.1. The Challenges of Globalisation and Free Trade
2.2. Linking Global Competition to the Trading System
2.3. The Coherence between Trade and Competition Policies
3. Developing an International Competition Framework outside the WTO
3.1. The Havana Charter and its ill-fated International Trade Organisation
3.2. The OECD Recommendations and Guidelines, and Joint Group
3.3. The UNCTAD Set of Principles on RBPs, and Joint Group
3.4. The US/EU Co-operation Agreements
4. Harmonisation of Competition Rules in the World Trading System
4.1. Liberal Trade: A Pace towards Convergence of Competition Rules
4.2. Proposals for Negotiating an International Competition Agreement
4.2.1. The Draft International Antitrust Code
4.2.2. The European Experts Group Report
4.2.3. The WTO Working Group on the Interaction Between Trade and Competition
5. Conclusion

1. Introduction.

The aim of this paper is to provide a factual and analytical background to the evolving phenomena of global competition consensus, as a tool in the process of trade liberalisation. The internationalisation of competition rules is perceived as a means to solve the problem of excessive, if not imperialistic extraterritorial enforcement of competition rules, targeted mainly by the US, which often cause disruptive political and economic problems, particularly when conflicting state policies are involved.

The dramatic changes in the world economy have enhanced the process of globalisation and free trade beyond domestic borders, engendering competition among foreign traders at the open market intersection. In order to assure the steady and upward trend towards trade liberalisation, competition issues, *inter alia*, need to be addressed within the purview of a global code of principles and minimum standards.

In fact, the trend towards the establishment of an international competition charter has never been as topical as at the present time and it may be one of the most important and immediate tasks facing political and business leaders around the world.

The development of world trade depends upon free, growing and stable markets, where entrepreneurs can compete in conditions of equality and fairness. The withering of artificial barriers, from both a public trade policy and a private competition policy point of view, endorses markets to work more efficiently, avoiding trade distortions on grounds of non-discrimination, meritocracy and transparency.

It is suggested here that an effective, global and politically neutral competition framework would help to maintain the stability and growth of international economy, whilst preventing the anti-competitive conduct of many businesses which move forward through becoming predatory, abusing their market powers, and attempting to increase profits in a manner harmful to consumer welfare.

Though a multilateral agreement based within the consolidated WTO architecture and on its principles of non-discrimination, transparency, national treatment and most-favoured national treatment is practically unforeseeable, because of the many differences in the level of economic development and domestic competition law and policy, wherein many of its member nations have not capacity to shelter such an evolved legal of development regarding competition issues. It seems more likely that a plurilateral agreement - as many

¹ Dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the Master of Laws Degree in International Economic Law at the University of Warwick. September 2002.

others imposed under the WTO umbrella - would be the more appropriate solution, requiring at an initial stage the participation of industrialised countries, with existing competition legal structure and future membership of developing countries.

2. The Relation between Trade and Competition Policies.

2.1. The Challenges of Globalisation and Free Trade.

Following the growing process of globalisation and regional integration, and the removal of several governmental trade barriers between States conducted by the architecture of principles wisely launched within the framework of the World Trade Organisation (Hereinafter called the “WTO”), the international harmonisation of competition rules seems inevitable. Markets are truly global and most conflicts arising from these transactions transcend national borders.

The world economy has changed in a remarkably short period of time. State-managed economies have collapsed following the degradation of communist governments; new economic blocks have been formed, legal monopolies have been reduced or even eliminated, joint ventures and mergers are not restricted by national boundaries and domestic markets have been increasingly open to foreign trade and investment, exposing the world to the principles of free market access².

The forces of economic liberalisation and the spread of democracy across nation aggregated with the speed and scope of technology diffusion, in the area of globalisation, shaped the new business environment, where giant corporations are clearly global and where the state clout is in retreat. State-authority has been compelled to adjust its political role, as well as the societies in which it exerts control under the weight of an integrated and worldwide growing corporation reality that owes allegiance to no state³.

Over its 50-years history, the GATT/WTO⁴ portfolio, which is guided by the economic premise of open trade to foreign goods, services and capital, has progressively removed or lowered officials’ barriers to trade in order to spur free and open competition among businesses and create export opportunities for its trade-members. Thus trade liberalisation has increased business opportunity for both domestic and foreign firms, enhancing more market competition, and in efficient reallocation of world’s resources, enabling firms to offer the highest-quality goods and services at the lowest prices.

Notwithstanding the beneficial outcomes of domestic competition and foreign investment in the long-term, trade liberalisation in the short-term encompasses adjustment costs and political disruptions. First, many nations, depending on their level of economic development and endowment in natural resources may take advantage of trading opportunities at the expenses of developing nations. Second, the allocation of resources may result in redistribution of capital and labour, weakening certain economies. Finally, trade liberalisation switches the control over economy from governments to free market forces.

One may counteract that in the current process of globalisation and technology diffusion, countries are not easily able to resist this tidal wave of increasing free market access. Competitive enterprises may now produce for world economy and are not restricted to the confines of national territory. There is thus an important need to regulate all predatory, abusive and discriminatory behaviour undertaken by private undertakings, which undermine the trade benefits encompassed in the GATT system.

2.2. Linking Global Competition to the Trading System.

The continual growth of multinational corporations, spurred by the advances in technology and accessibility of resources of all kind on a global level, brings with it the danger that these companies may be tempted to act in violation of competitive standards, which may be harmful to a multiplicity of jurisdictions.

² See Whish, Richard (2001) *Competition Law*, Butterworths, London, Fourth Edition, Chapter 1.

³ Some academics disagree from the contemporary approach of global corporations. See Doremus, Paul N., Keller, William W., Pauly Louis W, and Reich, Simon (1998) *The Myth of the Global Corporation*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, Chap. 1, at 3-4.

⁴ The General Agreement on Tariffs and Trade was provisionally approved by its contracting parties in 1947. After the Uruguay Round, in 1994, the WTO has succeeded the GATT provisions.

Such behaviour cannot be tolerated in the current framework of market openness and will undoubtedly nullify the many benefits already accomplished in terms of free trade⁵.

As official obstacles have been drastically reduced, trade and competition have expanded on a worldwide scale, driving markets inexorably towards the free-commerce ideal, where the exchange of goods and services progress in response to demand, and the efficient allocation of resources maximises global wealth.

Nevertheless the present blockage of market access by private restrictive arrangements compromises the ideal of efficient resource allocation and consequently the benefits of the trade liberalisation process. Therefore governments ought to synchronise trade and competition policies in order to achieve harmonisation and facilitate international trade flows.

Certainly the process towards an international consensus within the competition field is a troublesome *desideratum*, since many States are in different stages of development and present divergent interests, differing not only in national policies, but also in culture and traditional business practices⁶. Thus cross-national discrepancies in competition policies are likely to create greater obstacles to global trade and foreign investment, compromising economic welfare and efficiency from the perspective of both consumers and traders⁷.

It may be argued that a sound convergence in competition rules at a global level will help international competitiveness to succeed in the world market on a non-discriminatory basis, consequently increasing the standard of living in a worldwide scale. On the other hand, it is common sense that the widespread nature of international trade arouses friction among competitors caused by the action of monopolies, cross-mergers and export-cartel restraints, which affect free and fair market, access in different jurisdictions. Such a situation demands a global consensus.

The danger also exists that if let alone, nations would tend to draft their laws in an effort to entice trade and investment, so as to become more attractive to foreign business at the expense of their neighbours degrading as a consequence their national laws if necessary. An international agreement could well repel such unfair and inefficient competition among nations⁸.

While the pursuit of open trade interchange among foreign traders is achieved through binding agreements, such as the multilateral instruments under the WTO purview and similar bilateral or regional commitments, the absence of an international antitrust discipline may lead to trade conflicts and cause disruption in market access beyond the border.

In the ongoing process of dynamic economy and free flowing commercial transactions, domestic laws are unable to deal with the disputes arising from hard-core cartels, price-fixing, big-rigging, out-put restrictions, consumer allocations, exclusive-dealing contracts, boycotts or any other exclusionary practices carried out by dominant firms with impact on several markets simultaneously.

National differences in competition standards can increase the costs of conducting business abroad, since firms have to be prepared to comply with a multitude of legal systems⁹, as for instance in the case of firms conducting trade in the European Common Market and in the US Market, whereby the system of distribution is designed distinctly for each market. Another example is the case of a trans-national merger, which requires approval for each single jurisdiction. A synergy between these policies would certainly decrease costs and reduce tension, as well as favour efficiency in trans-boundary commerce.

⁵ Monti, Mario (2002) "Co-operation Between Competition Authorities – A Vision for the Future" in Jones, Clifford A., and Matsushita, M. (eds.) *Competition Policy in the Global Trading System*, Part I, Stampfli & Kluwer, The Hague, 69-82, at 70.

⁶ See Brittan, Leon (1999) "The Need for a Multilateral Framework of Competition Rules", in *Trade and Competition Policies: Exploring the Ways Forward*, OECD, Paris. The erstwhile Vice-President of the European Commission concludes, "despite differences in domestic legal and institutional structures, there is growing international consensus regarding the fundamentals of competition law and policy. This consensus relates not only to the basic approaches to anticompetitive practices but also to core competition principles, such as transparency and non-discrimination" (at 31).

⁷ See Graham, Edward M., and Richardson, J. David (1997) *Competition Policies for the Global Economy*, Institute for International Economics, Washington, D.C., Chap. 2.

⁸ Fox, Eleanor M. (1999) "Antitrust Law on a Global Scale – Races up, down and sideways", Yale Workshop, 12/15/99, at 7-8.

⁹ Fox, Eleanor M. (1995) "Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade", 4 Pacific Rim Law & Policy Journal 1-36, at 14.

At the turn of the twentieth century, - of the 144 WTO members - some eighty plus countries¹⁰ have enacted competition law regimes and approximately twenty countries are in the process of formulating or improving existing regimes. This indicates that competition issues have become a priority topic on policy-makers agendas and is not purely a domestic issue concerning only advanced economy nations.

The major concern however, is that some domestic competition laws and enforcement institutions, especially those of developing countries, do not contain provisions regarding beyond-border anti-competitive practices. Also, the unilateral attempt to conduct extraterritorial enforcement of national laws over foreign jurisdictions and the lack of sound competition discipline may cause political and diplomatic friction between the impose and the enforced country.

Because trade liberalisation deregulation measures sought previously only to eliminate governmental restrictive action, anticompetitive global conduct has not been faced with any legal remedies designed to counteract its diffusion. Jenny has emphasised that: “(...) to ensure that competition law enforcement is consistent with trade liberalisation, there would have to be a mechanism ensuring that such anticompetitive practices having a market access dimension are in fact eliminated and that the competition authorities of the country in which market access is denied do not condone or turn a blind eye to these practices”¹¹.

There are overwhelming reasons to induce the believe that if properly implemented, combined efficient competition and trade policies will contribute to the opening of markets and avoid confrontation among traders, helping to enhance global wealth. Thus, a convergence in competition disciplines will make global business more robust and better able to compete in an integrated world economy, whilst attracting investment and increasing economic opportunity.

2.3. The Coherence between Trade and Competition Policies.

The broad purpose of competition policy is to prevent enterprises from expanding their market shares for reasons other than the greater efficiency, and to provide consumers with goods/services at the lowest price, thus raising then their standard of living. Trade policy seeks gradually to remove tariff and non-tariff governmental measures, which unfairly distort trade and foreclose, access to international markets, protecting the right of firms to compete on a non-discriminatory nationality basis.

The ultimate goals of trade liberalisation and competition are mutually reinforcing and complementary. Within their respective spheres, trade and competition policies share a common purpose, *i.e.* the promotion of efficient allocation of world resources, through non-discriminatory, transparent and rules-based regimes and by the elimination of governmental barriers and private restraints, which lessen free and fair competition and market access. Gifford and Matsushita explain that “the shared commitment to efficient resource allocation is strong enough to justify an expectation that domestic competition laws in each trading jurisdiction will ensure that the markets of each jurisdiction are open and free from cartel and cartel-like restrictions”¹².

As a result of cross-border negotiations, consumers may access more goods and services, thereby improving public welfare. Also, domestic producers benefit from the exchange of foreign goods and services on a worldwide scale, as for instance, by specialisation of production leading to economies of scale - a situation wherein the marginal increase in the cost of supplying a good or service is less than the marginal increase in production¹³.

¹⁰ Only 87 of the WTO's 142 – 144 countries considered as of April 15th, 2002 - Members have competition regimes of which the majority are of recent vintage. See Joint Group on Trade and Competition Report COM/TD/DAFFE/CLP(2001)21/FINAL of December 4th, 2001. Available at <http://www.oecd.org/pdf/M00027000/M00027008.pdf>, visited on July 31st, 2002.

¹¹ Jenny, Frederic (2002) “Globalisation, Competition and Trade Policy: Convergence, Divergence and Co-operation” in Jones, Clifford A., and Matsushita, M. (eds.) *Competition Policy in the Global Trading System*, Part III, Stampfli & Kluwer, The Hague, 295-334, at 307.

¹² Gifford, Daniel J. and Matsushita, Mitsuo (1996) “Antitrust or Competition Laws Viewed in a Trading Context: Harmony or Dissonance”, in Bhagwati, Jagdish and Hudec, Robert E, (eds.) *Fair Trade and Harmonisation: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. I, Part IV, The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, 269-331, at 271.

¹³ See *id.*, at 344.

Open trade enables the world's resources to be allocated efficiently in response to global demand, while competition law ensures that resources will be allocated efficiently in response to consumption. Thus “when the market performs the resource allocation function free from restraints imposed by private parties, then resources are allocated efficiently and aggregate national wealth is maximised”¹⁴.

The objective of a liberal trade policy, which is the withering of official obstacles to trade - which protects domestic firms from foreign competition - complements the competition policy's objective of thwarting any private attempt towards a unilateral or collective restrictive conduct that, *e.g.*, imposes higher prices than those that would be accepted under free market conditions¹⁵.

Certainly private or public undertakings when sustaining a market position are able to set prices higher than they otherwise might in neutral conditions of competitiveness. However, when barriers to market entry are low, it seems unlikely that they will be able to exercise such power.

Both policies need to integrate in order to ensure that the elimination of official barriers to trade under the GATT/WTO surveillance is not undermined by the anti-competitive conduct of domestic firms through the abuse of dominant position or collusive behaviour among undertakings that deter or prevent access to foreign goods and services¹⁶.

Mitchell has expressed his concern that privately erected barriers are increasingly replacing the governmental obstacles reduced by the process of trade liberalisation. He advocates: “the increasing overlap between trade and competition law requires a harmonised approach to continue the growth of the global economy, including perhaps an agreement on competition policy within the framework of the World Trade Organisation (WTO)”¹⁷. Trading restrictions impair an efficient allocation of resources in both production and consumption, whether raised by governments or private firms, and demand therefore these issues to be prioritised by sovereign governments. Transparency in standards, non-discrimination in government procurement, and national treatment of foreign investments, combined with common competition principles are important initiatives to remove trade distortions.

The implementation of a concerted international competition policy by all trading members may have a huge impact on the process of markets opening. Its refusal or delay compromises the deregulatory effects and mutual concessions on market access negotiated by governments under the GATT/WTO umbrella, and defeat the established proposal of free trade to import business¹⁸.

3. Developing an International Competition Framework outside the WTO.

3.1. The Havana Charter and its ill-fated International Trade Organisation.

In the late 1940's, the world panorama was demanding the implementation of a comprehensive economic and financial plan for the post era Second World War reconstruction in order to enhance economic growth and development. This worldwide up and upward trend towards trade liberalisation was primarily discussed during the United Nations Conference on Trade and Employment, Havana, Cuba in 1947¹⁹. The initiative was undertaken by the US, who drafted a proposed Charter²⁰ entitled the Havana Charter for the foundation of an International Trade Organisation (ITO).

¹⁴ Gifford, Daniel J. (1995) “Antitrust and Trade Issues: Similarities, Differences, and Relationships”, in Symposium: Cultural Conceptions of Competition, 44 *DePaul Law Review* 1049-1095, at 1049.

¹⁵ OECD (1999) *Trade and Competition: Policies for Tomorrow*, Paris, Chap. 1, at 7.

¹⁶ Kennedy, Kevin C. (2001) “Competition Law and the World Trade Organisation: the Limits of Multilateralism”, Sweet and Maxwell, Chap. 1, at 4.

¹⁷ Mitchell, Andrew D. (2001) “Broadening the Vision of Trade Liberalisation: International Competition Law and the WTO”, 24 (3) *Journal of World Competition* 343-365, at 343.

¹⁸ See Goldman, Clavin S, and Facey, Brian A (1999) “Antitrust and Trade Policy: International Business Perspectives”, in Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: International Antitrust Law & Policy, B. Hawk (ed.), *Fordham Corporate Law Institute*, Chap. 17, 279-297, at 285.

¹⁹ Efforts towards an economic reconstitution plan commenced in 1944 at Bretton Woods, New Hampshire, after known as the Bretton Woods Agreements.

²⁰ The draft became a basis for the debate at the First Session of the Preparatory Committee on the Havana Charter.

The so-nominated ITO Charter contained provisions relating to employment, economic development, foreign investment, dispute resolution procedures under the ITO umbrella, and referred to a broad range of dispositions regarding restrictive business practices.

However the Havana Charter and its stillborn International Trade Organisation (ITO) never came into force²¹. Instead, the General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter GATT), which was provisionally accepted by national representatives in 1947, while pending approval of the Havana Charter, was intended to fill the institutional and legal gap and was in the meantime applied temporarily by its contracting parties²².

The Havana Charter included a comprehensive chapter designed to prevent restrictive business practices from interfering in international business, as well as matters related to investigation of complaints and means of obtaining redress for such practices as outlined in Chapter V, Articles 46-54²³. Also its first article defined as objectives the commitment to increasing production, consumption and exchange of goods, equal access to markets and the reduction of tariffs and other barriers to trade.

Clearly its main purpose was not only directed towards the process of market openness, but also to harmonise a variety of trade-related aspects, such as competition matters²⁴. Despite this, the later multilateral trade rounds and the GATT document, which replaced the defunct Havana Charter, left untouched private restrictive practices and its interdependence to trade liberalisation.

This plainly demonstrates that the present GATT structure originated from the context where the parties had shown a public awareness that negotiations among governments designed to enhance trade could be harmed by the behaviour of commercial enterprises engaging in cartels or other restrictive business practices. These rules, *inter alia*, would have ensured that competition policy was to reinforce governmental measures seeking to promote cross-border transactions.

It is difficult however to predict whether the provisions relating to private restrictive practices in terms of the Chapter V would have been successfully workable. In Kennedy's opinion: "it either would have been a disaster, or that it would have been largely ignored, or both". He goes on to explain: "First, the article 47 dispute settlement mechanisms is frighteningly similar to the GATT dispute settlement mechanism which, by all accounts, was an abysmal failure. Secondly, the assumption that the ITO would have been competent to resolve factually complex and politically sensitive antitrust issues was certainly a leap of faith, even for multilateralists"²⁵.

In May 1953, a second attempt was made to re-establish the structure of the ill-fated Chapter V as a self-governing legal document under the aegis of the United Nations Economic and Social Council. The settled United Nations *Ad Hoc* Committee on Restrictive Business Practices was to draft a convention regulating anticompetitive private behaviour, which affects international trade.

The Draft Convention contained a list of forbidden restrictive business practices quite similar to those embodied in Chapter V of the Havana Charter and appointed a new international agency to receive and investigate related complaints. Its enactment was to encompass the participation of both developed and developing countries, but required primarily the acceptance of the major developed nations.

But since the draft convention lacked support from a number of major countries the initiative foundered again²⁶ and the project was finally abandoned in 1955. Basically the United States was again the most vehement opponent of such an agreement, "arguing that differences in national policies and practices were so

²¹ The United Nations did not receive a sufficient number of ratifications. It foundered most notably because of the US negative approach, given to senatorial concerns that its broad range of dispositions would endanger the US sovereignty. See Scherer, Frederic M. (1994) *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington DC, at 38.

²² Only in 1994, The GATT was only elevated from provisional to definitive status under the Uruguay Round. See Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Trade Negotiations (1994), 33 *International Legal Materials* 1125-1269.

²³ See Kennedy, Kevin C. (2001) *Competition Law and the World Trade Organisation: The Limits of Multilateralism*, Sweet & Maxwell, London, Chap. 3, at 123-125.

²⁴ Weiss, Friedl (2000) "From World Trade Law to World Competition Law", 23 *Fordham International Law Journal* 250-273, at 261.

²⁵ Kennedy, Kevin C. *Supra* note 16, Chap. 3, at 127-128.

²⁶ Seven nations ratified the proposed Draft Convention, but as the business community was opposed, the United States once again chose to reject it, frustrating accumulated requested ratification's from nations representing 65% of world imports and exports. See Scherer, Frederic M. *Supra* note 24, at 39; also Kennedy, Kevin C. *Supra* note 31, Chap. 2, at 115-118.

large they would make the new international organisation ineffective”, and that “one vote provision would allow nations hostile to the United States to instigate harassing complaints”²⁷.

Thus the Havana Charter greatest significance for the world community is its remarkable capacity to recognise that governmental restraints to trade, affect free market access as much as anticompetitive practices, which led to successive formal and informal attempts, either proposed by academics or officials with the scope of their institutions, as presented below.

3.2. The OECD Recommendations and Guidelines, and Joint Group.

The Organisation for Economic Co-operation and Development²⁸ is the leading institution for the promotion of multilateral co-operation in competition and policy. The OECD entered the competition policy field in 1967, by establishing procedures for co-ordination of action and exchange of information among member states, as well as providing the discipline for notification in case that competition-law enforcement activity of a member state affected interests of another state²⁹.

Its current recommendations on information exchanges and co-operation on competition law enforcement were issued again in 1986 and finally in 1995, as the Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, provided for voluntary notification, consultation and co-operation in competition law cases when dealing with legitimate interests of foreign Governments³⁰.

In 1976, the OECD developed its Guidelines for Multinational Enterprises as a voluntary code of conduct for multinational corporations, which were revised and published in 1997 and then revised again in 2000.

Then in 1998, the OECD, building on its 1976 Guidelines and its 1995 Recommendation on Co-operation, issued a voluntary Recommendation on hard-core Cartels, intending to strengthen the efficiency of the member countries’ enforcement of their competition laws against such cartels.

Recognising the need of a group to study the interface between trade and competition policies, the OECD established in 1996 the Joint Group on Trade and Competition, created under the auspices of both the Trade Committee and the Competition Law and Policy Committee which have examined issues at the interface of both policies since the early 1990s. The mandate of the Joint Group, which was established in 1996, was renewed in 2000 for another 2 years.

3.3. The UNCTAD Set of Principles on RBPs, and Joint Group.

In 1980, the United Nations Conference on Trade and Development (hereinafter UNCTAD), acknowledging the need to prevent enterprises from re-establishing trade barriers where governmental controls have been withering under the aegis of the GATT/WTO rules, adopted a non-binding code known as the UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (Hereinafter RBP Code or simply Set)³¹.

Although voluntary in nature, the RBP Code aimed to ensure that restrictive business practices would not unduly impair the benefits resulting from the gradual process of trade liberalisation and the elimination of tariff and non-tariff barriers, in particular those affecting the trade of developing countries, applying to all enterprises, countries, regional groups and every sort of commercial transaction.

²⁷ ICPAC Final Report, Chap. 5, at 256.

²⁸ The OECD was established in 1961 as a research body and serve as a forum to study and formulate policies based on best practice. It is composed by 30 countries – mostly industrialised nations - as of July 31st, 2002.

²⁹ The 1967 OECD Council Recommendation. See subsequent Report on the Operation of the 1967 Council Recommendation Concerning Co-operation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, 22 *Antitrust Bulletin* 459 (1977).

³⁰ The Recommendation dates back to the former in 1967 until its revision in 1995, as quoted in the previous paragraph, 35 *International Legal Materials* 1313-1321.

³¹ See United Nations Conference on Restrictive Business Practices: Multilaterally Agreed Equitable Principles for the Control of Restrictive Business Practices, April 22nd, 1980, 19 *International Legal Materials* 813-823.

A priori the RBP Code was entrusted to address the concerns of developing countries and to encourage the adoption of competition laws by all member nations³², providing inclusively technical support to these countries when adopting domestic rules of competition³³. It was also envisaged that governments would collaborate at bilateral and multilateral levels, facilitating the control of restrictive business practices. This reflects in particular the US and the EC stances towards antitrust co-operation³⁴.

The RBPs Code declared also that multinational enterprises should respect the competition laws of the countries in which they had operations, as well as, in the event of proceedings under these laws, to be subject to the competence of the local courts and relevant local administrative bodies³⁵. Enterprises would be required to co-operate with national authorities by supplying information, in particular regarding details of restrictive business arrangements, including *data* that may be located in foreign countries, to the extent that in the latter event, applicable law or established public polity would not protect such production or disclosure³⁶.

The United States welcomed the initiative to negotiate an international code on restrictive business practices because they believed that such a project would serve as an educative lesson to developing countries and socialist nations on the virtues of free markets, as well as preventing state-controlled and private companies from conducting cartel practices and intra-firm transfer pricing and export restraints³⁷.

Notwithstanding its usefulness however, in the sense that it considered the interests of developing countries that feared the unfettered expansion of powerful multinationals, the RBP Code had little impact, perhaps on the grounds that its provisions were vague and it only imposed non-binding obligations upon States, which limited its application³⁸.

More recently, in the Fourth UN Conference to Review All Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices³⁹, the institution decided, *inter alia*, to reaffirm the validity of the UN Set of Multilaterally Principles and Rules and recommend to the General Assembly to subtitle the Set for reference as "UN Set of Principles and Rules on Competition", calling upon all member States to implement the provisions of the Set.

The Intergovernmental Group of Experts on Restrictive Business Practices⁴⁰, operating within the framework of a Committee of UNCTAD is to continue its work programme – but since 1997 has been re-named the Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy - as a forum for multilateral discussions on competition policy.

Reflecting the importance of competition policy in the world trading system and towards the development of developing countries and countries with economies in transition, the Intergovernmental Group is to continue the UNCTAD's work programme, which consist in⁴¹: i) proceeding on analyses and making reports on issues related to the implementation of the RBP Code; ii) providing technical assistance to developing countries in building and strengthening competition regulation⁴²; iii) continuing the co-operation between the UNCTAD Secretariat and the OECD Committee on Competition Law and Policy, the OECD Joint Group on Trade and Competition, and the recently established OECD Global Forum on Competition Law and Policy and the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy.

³² *Id.*, Section A (2) (a).

³³ *Id.*, Section A (5).

³⁴ *Id.*, Section C (2).

³⁵ *Id.*, Section D (1).

³⁶ *Id.*, Section D (2).

³⁷ Fox, Eleanor M. (1995) "Competition Law and the Agenda for the WTO: Forging the Links of Competition and Trade", 4 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 1-36, at 4.

³⁸ See Mitchell, Andrew D. (2001) "Broadening the Vision of Trade Liberalisation: International Competition Law and the WTO", 24 (3) *Journal of World Competition* 343-365, at 353.

³⁹ Resolution TD/RBP/CONF.5/15 of October 4th 2000, Geneva, Conference held on 25-29 September 2000. Available at <http://www.unctad.org/en/subsites/cpolicy/index.htm>, visited on July 31st, 2002.

⁴⁰ RBP Code/Set, Section G.

⁴¹ See Speech of Carlos Fortin, Deputy Secretary-General of UNCTAD, July 3-5, 2002. Available <http://www.unctad.org/en/subsites/cpolicy/docs/IGE0702/IGESpeechByDepSecGeneral.pdf>, visited on July 31st, 2002.

⁴² As part of the capacity-building program on competition law and policy for developing and least developing countries. See WTO Doha Ministerial Declaration, adopted on November 14th, 2001), paragraph 24, 41 *International Legal Materials* 746-754.

3.4. The US/EU Co-operation Agreements.

The United States and the European Union, along with Canada, possess a long history of competition policy in comparison to other countries. The broad goals of U.S. and EU competition laws are similar; namely, to prevent abusive practices associated with cartels, monopoly, and market power. Also both the US and the EU deal with trade and investment across nations within their external boundaries⁴³.

Despite the evident similarities, they differ substantially in the qualification of their competition rules as the result of different histories and experiences. Furthermore, their legal interpretations have changed over time, and with experience, and with the benefit of more recent analytical thinking. For instance, in the US, interpretations of antitrust laws have shifted in past years to reveal a growing consensus that the ultimate objective of these laws is to foster economic efficiency exclusively, while the EU position is more concerned with the abuse of dominant position and market power⁴⁴.

In the absence of a multilateral agreement upon competition criteria for international issues, bilateral approaches are more likely to be undertaken between major traders, as in the case of the US and the EU which has proven insufficient to resolve conflicts and potential divergences in the regulation of anti-competitive business activities, particularly when overlapping jurisdictions are involved.

The first US/EU Co-operation Agreement on the exchange of information between enforcement authorities was entered into on September 23rd, 1991, rectified by the adoption of a joint decision of the European Council of Ministers and the European Commission on April 10th, 1995⁴⁵. A second US/EU Co-operation Agreement was entered into on June 4th, 1998⁴⁶, with the objective of broadening and deepening the provisions of the previous agreement on the positive comity principle, and based on grounds of the increasing integration of national economies, in particular the transatlantic nations. These agreements contain binding obligations, although so far the use of formal mechanisms, wherein most work takes place informally, has been relatively rare.

Both agreements have no specific application to merger enforcement because of divergent mandatory deadlines for pre-merger investigations and neither provides for the exchange of confidential business information, unless the information is consented to.

Based on the need for a system that can foster the exchange of information and co-operation, as well as efficiency in extraterritorial enforcement, national competition authorities are expected to co-operate, along lines contemplated by the many agreements established between trade-partners, as for instance the Germany/US Antitrust Accord (1976), the Australia/US Antitrust Co-operation Agreement (1982), the Canada/US Co-operation Agreements (1984 and 1995), US/EC Co-operation Agreements (1991 and 1998), the Israel/US, as well as Japan/US and Brazil/US Antitrust Co-operation Agreement (all three of 1999), and many others⁴⁷.

For efficiency of business, the antitrust agencies should continuously harmonise certain procedures to avoid costly redundancies. *A priori*, they should agree to a common merger notification and reporting form, and at the discretion of the merging parties, a central filing system, since mergers are the most controversial actions of cross-border transactions.

The recent experience of the two American companies in the Boeing/McDonnell Douglas merger,

⁴³ See Cini, Michelle and McGowan, Lee (1998) Competition Policy in the European Union, Macmillan Press, London, Chapter 11, at 202-207.

⁴⁴ Graham, Edward M., and Richardson, J. David (1999) "A US-EU Road Toward Multilateralism in International Competition Policy", 4 (1) Economic Perspectives - USIA Electronic Journal.

⁴⁵ Agreement between the Government of the United States and the Commission of the European Communities Regarding the Application of their Competition Laws, September 23, 1991, 30 International Legal Materials 1491-1502. France successfully challenged the legality of the 1991 Agreement, since the Council of Ministers should have been involved in the adoption of the Agreement, provoking the 1995 rectification.

⁴⁶ Agreement between the Government of the United States and the European Communities on the Application of Positive Comity Principles in the Enforcement of their Competition Laws, June 4, 1998, 30 International Legal Materials 1070-1075.

⁴⁷ The EU has also enacted Co-operation Agreements with the Eastern and Central European Countries – about 20 – and Canada (1998). Australia and New Zealand present a successful experience at addressing on a bilateral basis regarding anti-competitive practices in their free trade area zone agreement of 1983, the Australian-New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA).

initiated in December 1996, offers a glimpse into the potential conflicts that can rise during a multi-jurisdictional merger review. Had it been approved the merger it would have created the world's largest aerospace company and reduce the number of competing manufacturers of large commercial aircraft from three to two. The other company was Airbus Industrie, owned by four European governments. While the U.S. Federal Trade Commission approved the merger without conditions on July 1, 1997, the European Commission was determined to prevent it, contesting that the intended merger would strengthen Boeing's dominant position in the market for large civil jet aircraft, considering in particular the high entry barriers to this capital-intensive market. Notwithstanding the existence of the bilateral co-operation agreement, the competition authorities were unable to resolve their disagreements⁴⁸.

Thus bilateral agreements on co-operation between domestic competition authorities present firstly, limitations in relation to competition cases involving fundamental security and vital economic interests of the governments concerned, in which circumstances they are not able to work. That is the reason why the 1991 US/EC Co-operation Agreement did not work in the context of Boeing/McDonnell Douglas. A second limitation concerns the exchange of confidential information between national competition authorities, which must be based on reciprocity. It demands confidence in a foreign authority and in its legal system to give appropriate guarantees to assure that confidential information is treated as such and any breach of that confidentiality will be dealt with. Third, bilateral co-operation agreements have so far been adopted exclusively between developed countries. Lastly, even in the case of real co-operation between national competition authorities, undertakings concerned will still be adversely affected by peculiarities of domestic competition rules⁴⁹.

Nonetheless the MCI/WorldCom merger has provided a very instructive example of a case in which the EU and the US waived the confidentiality restrictions in order to enable them to exchange relevant documents⁵⁰. But still these agreements prove to be insufficient to deal with all issues arising from the action of anti-competitive behaviour in global transactions.

4. Harmonisation of Competition Rules in the World Trading System.

4.1. Liberal Trade: A Pace towards Convergence of Competition Rules.

In the age of globalisation, the economic interdependence among countries has never been so evident. Almost every nation-state's foreign trade policy and domestic regulation affects the economic activities of other states. Most countries however differ on their stances towards competition regulation what tends to raise trade conflicts in the international arena.

Since the end of the Second World War, the world has experienced an increasing international exchange of goods and services enhanced under the aegis of the GATT rules. The main objective was to promote free trade relations among its members allocating resources and therefore aggregating the national wealth standard.

Nonetheless, the lack of competition rules in some countries and the exclusionary anticompetitive behaviour of some enterprises have neutralised the efforts towards opening of markets, generating trade distortions and overruling the process of trade liberalisation. Jones has argued that: "The importance of antitrust policy to world trade development partly lies in the adverse effect of private restrictive practices on the opening of competitive markets"⁵¹.

Thus the adoption of competition law *inter alia* is a natural enhancement to such a treaty that envisages the elimination of trade barriers to foreign commerce⁵², that is to say, competition policy is a

⁴⁸ See Bavasso, Antonio F. (1998) "Boeing/McDonnell Douglas: Did the Commission Fly too high?", 19 European Competition Law Review 243-248.

⁴⁹ Kaczorowska, Alina (2000) "International Competition Law in the Context of Global Capitalism", 21(2) European Competition Law Review 117-127, at 126.

⁵⁰ Nikolinakos, Nikos (2000) "The Importance of Maintaining Competition in the Internet Market: The MCI Case", 21(8) European Competition Law Review, 393-395.

⁵¹ Jones, Clifford A. (2000) "Toward Global Competition Policy? The expanding Dialogue on Multilateralism", 23 (2) Journal of World Competition 95-99, pg. 99.

⁵² Gifford, Daniel J. (1997) "The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry", 6 Minnesota Journal of Global Trade 1-66, pg. 2.

complementary tool of international trade policy, aimed at developing more open markets, greater economic opportunity and less government intervention in the market place. Plainly, a competition law through global consensus, if properly implemented, fosters the process of market opening⁵³.

At this point of intersection, trade and competition policies share the objective of fostering efficiency in the allocation of world's resources for the benefit of production and consumption, demanding the unification among traders of the concept that international trade law should be competition-oriented. Therefore it is unquestionably true that competition among different national rules can lead to trade distortions and harming results for global commerce, as in some countries, export cartels and other restrictive business restraints are allowed at the expenses of other countries and consumers abroad.

In the world of globalisation, where most business transactions occur within multinational companies, through globally integrated production, trade and investment strategies, the lack of convergence of competition rules is likely to entail market friction and undermine the benefits hosted by the GATT system. As Petersmann understands: "International harmonisation of diverging national competition laws based on agreed minimum standards for trans-border cases, and co-operation among competition authorities [...] can reduce costs, distortions and conflicts which diverging domestic competition regimes can create for international business and consumers"⁵⁴.

Over a period of decades, the GATT/WTO system has enhanced the process of trade liberalisation by withering official restraints to trade, such as tariffs and quantitative restrictions (quotas), and imposing transparency and non-discrimination in the form of national and most-favoured national treatment in all commercial transactions. These WTO principles reinforce the competition policy goal of ensuring the application of fair and competitive provisions regardless the nationality of competitors and are very likely to be included in any attempt to harmonise competition rules.

4.2. Proposals for Negotiating an International Competition Agreement.

4.2.1. The Draft International Antitrust Code.

In 1991, a number of experts founded a working group⁵⁵ at the Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law, in Munich, Germany, in order to develop a proposal for an international competition law, the Draft International Antitrust Code (DIAC)⁵⁶. The Draft Code was presented in 1993 as a GATT-MTO Plurilateral⁵⁷ Trade Agreement to be adopted and administered by the WTO in the terms of its Annex 4.

The WTO was the chosen forum for negotiating binding competition provisions on the grounds of its quasi-universal number of participants, which included signatories from both developing and developed countries. Also such a draft would be seen to develop its foundation on established WTO principles pertaining non-discrimination, transparency and national treatment in support of competition policy ultimate goals.

Under the WTO surveillance the Draft Code sought *prima facie* to complement the movement towards freer trade by imposing the adoption of international minimum standards in domestic laws and a respective centralised enforcement and dispute settlement procedure, referred to as the International Antitrust Panel. That Panel would mainly be in charge of grappling with the divergences arising between adhering members regarding the accomplishment of their obligations.

⁵³ That position is deeply sustained by the developed nations. Although some developing countries fear that the adoption of competition rules will impair their non-robust economy and undermine foreign investment.

⁵⁴ Petersmann, Ernst-Ulrich (1998) "The need for integrating Trade and Competition Rules in the WTO World Trade and Legal System", in Parry, Geraint, Qureshi, Asif, and Steiner, Hillel (eds.) *The Legal and Moral Aspects of International Trade*, Volume III, Routledge, London, pp. 97-118, at 106.

⁵⁵ The Working Group, also called Fikentscher Group or Munich Group, was comprised of: Josef Drexl, Wolfgang Fikentscher, Eleanor M. Fox, A. Fuchs, Andreas Heinemann, Ulrich Immenga, H. P. Kunz-Hallstein, Ernst-Ulrich Petersmann, W.R. Scheleup, A. Shoda, Stanislaw J. Soltysinski and L. A. Sullivan.

⁵⁶ The Draft Code and respective comments can be found in the appendix of the article of Gifford, Daniel J. (1997) "The Draft International Antitrust Code Proposed at Munich: Good Intentions Gone Awry", 6 *Minnesota Journal of Global Trade* 1-66, at 12-66.

⁵⁷ The WTO consists of the GATT Agreement (1994) and other Plurilateral and Multilateral Agreements. Plurilateral Agreements apply only to a limited number of WTO members, leaving non-signatories uncommitted to their disciplines and entitled to their benefits, but able to join later on.

The basic principles underlying the code, such as national treatment to foreign firms, *per se* prohibitions, rules of reason, merger control and abuse of market power, were similar to those contained in the GATT provisions. In fact, the Draft Code also established specific procedures prepared to ensure that the insertion of international standards by its signatories would be in accordance with those mandated by the agreement and effectively administered by its national authorities.

The global competition regime was to be administered by an International Antitrust Authority, which would have been permitted to bring actions against national authorities in case of a national authority refusing to take appropriate measures, sue private parties for injunctions, hold a right to appeal adverse judicial decisions and to sue a party before the International Antitrust Panel, if that member had infringed its obligations under the code. Lastly, it would also have been in charge of supervising the adoption of antitrust law and enforcement systems.

The Draft Code was not proposed as a uniform international law intended to substitute domestic law, but rather as an initiative towards convergence with the purpose of harmonising existing domestic laws and preparing the foundation for future laws. Its application however would be restricted to deem exclusively cross-border antitrust cases.

Nonetheless, the provisional code was unenthusiastically received by the world community because of the flaws in its procedural and substantive provisions. *A priori*, it failed because it lacked confidence and accuracy in relation to its formulated economic definitions, conferring uniform treatment on certain classes of restrictive behaviour, regardless of economic consequences, implying further potential risk of misuse and misbehaviour of national authorities and companies.

Perhaps the reason that sustains its overly broad conceptions lies in the lawyers wish to keep lax commitments, which are more easily adaptable to deem a less restricted interpretation and application of competition provisions, and therefore being able to obtain acceptability among its participants.

But the risk exists that by delegating greater power to appointed officials within the International Antitrust Authority, and providing too little guidance in the exercise of discretion clout, and failing to ensure effective remedies against possible abuses, the Draft Code could easily be manipulated and misused⁵⁸.

In effect, the main achievement of the model code was gaining international recognition that national governments should be concerned with the issues arising from restrictive behaviour by private and public undertakings, which blocks global market access. It is also now recognised that global competition constitutes an irreversible trend towards the establishment of co-ordinated approach lying at the intersection point of competition and trade policies. This is just the beginning. Any attempt to implement such an initiative may have an effect on the possible direction of global competition law in the future, by gradually and constantly improving and adapting its features until it achieves a tenable and reasonable approach.

In spite of its confusing and unclear provisions, the Draft Code still remains a useful document for discussion on international antitrust law⁵⁹. Had it not been for its overly broad and ambitious scope, perhaps the provisional code could have been revived under the evolving WTO Agenda.

It is noteworthy that the Munich Working Group submitted a proposal⁶⁰ to the WTO Ministerial Conference in Seattle, USA, in 1999, suggesting that the group's efforts should be continued. The new Draft Code Agenda would need to review its provisions on all parts, considering that the conditions prevailing in the

⁵⁸ See Jones, Clifford A. and Matsushita, Mitsuo (2002) "Global Antitrust in the Millennium Round: the Ways Forward", in Competition Policy in The Global Trading System: Perspectives from the EU, Japan and the USA, Kluwer Law International, The Hague, pp. 397-406, at 403.

⁵⁹ Cocuzza, Claudio and Massimiliano, Montini (1998) "International Antitrust Co-operation in a Global Economy", 19 (3) European Competition Law Review 156-163, at 160.

⁶⁰ See Zaech, Roger (ed.) (1999) Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition, Stampfli & Kluwer, Berne and The Hague.

early nineties have substantially changed and therefore demand a re-evaluation of the impact of competition on free and fair trading⁶¹.

4.2.2. *The European Experts Group Report.*

The Draft Code was followed by the European Community's Group of Experts⁶² Report in 1995. The so-called Van Miert Report⁶³ was entrusted to the former European Commissioner for Competition Karel Van Miert. Like the provisional code, the report has also proposed a plurilateral agreement under the aegis of Annex 4 of the WTO Agreement, but concluded that an International Antitrust Authority, as appointed by the Munich Code, or a multilateral competition approach seemed to reveal a utopian stance.

Although the European Community has not always been keen to adopt competition rules within the WTO framework. In 1986, the industrialised countries, including the EC, rejected the proposal delivered by the developing countries during the preparation of the Punta del Este Declaration that launched the Uruguay Round to start multilateral negotiations on competition provisions. This view changed dramatically with the release of the Van Miert Report, at which point the EU became the most enthusiastic proponent of a WTO Agreement on competition provisions.

The experts were to analyse the impact of restrictive business practices on the newly orchestrated trade order and outline recommendations. Their approach was to recommend the development of blocks towards an ongoing global regime, by fostering the principles of co-operation and comity among domestic agencies, as well as endorsing the principles of non-discrimination, national treatment and transparency of law and decision-making.

In fact their lessons on capacity building of competition provisions were well sustained and established on their harmonious development of market integration. The EC report served to demonstrate that they were already making links between government and private trade-restraining action, especially market-blocking action, while the rest of world's trading-nations were still unable to join together the relation of trade and competition policies⁶⁴.

An elucidatory example is the liberalisation process of European telecommunications policy, which apart from its reforming legislation, involving standardisation, mutual recognition and harmonisation, also embodied competition law enforcement guaranteeing that the firms were unable to abuse their market power position at the expense of consumers and competitors.

The Van Miert report calls for attention, inter alia, that the "WTO should deal more systematically with the acknowledged risk that GATT and GATS commitments may be undermined by private anti-competitive practices"⁶⁵. In sum, the report yields to the need for a plurilateral agreement under the WTO umbrella - rather than a multilateral approach -, focusing on three main issues: i) co-operation between competition authorities, based on the 1991 US-EU Agreement; ii) convergence on substantive minimum principles, such as prohibition of horizontal cartels, price fixing, abuses of dominant position and the use of rule of reason against vertical restraints; iii) the establishment of an effective international dispute settlement procedure to solve the conflicts arising from the application of those principles among trade members⁶⁶.

The report suggests that the trend should be to establish, a priori, bilateral co-operation agreements between countries in order to detect and limit anticompetitive behaviour with cross-border effects

⁶¹ See Fikentscher, Wolfgang (2002) "A Transnational Antitrust Convention and the Recent European Antitrust Proposals: Exercises in Economic Anthropology", in Jones, Clifford A. and Matsushita, Mitsuo (eds) *Competition Policy in The Global Trading System: Perspectives from the EU, Japan and the USA*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 341-385, at 376-381.

⁶² The Group was comprised of two members of the Munich Group, Ulrich Immenga and Ernst-Ulrich Petersmann, an independent expert, Frédéric Jenny, and six EC officials, acting on their own capacity.

⁶³ See European Commission (1995) "Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Co-operation and Rules", Office of Official Publications, Luxembourg.

⁶⁴ Fox, Eleanor M. (1994) "Vision of Europe: Lessons for the World", 18 *Fordham International Law Journal* 379-387, at 385.

⁶⁵ Petersmann, Ernst-Ulrich (1999) "Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System: Proposals and Policy Options, in Zaech, Roger (ed.) (1999) *Towards WTO Competition Rules: Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition*, Stampfli & Kluwer, Berne and The Hague, pp. 43-71, at 51.

⁶⁶ Amato, Filippo (2001) "International Antitrust: What Future", 24 (4) *Journal of World Competition* 451-473, at 466.

and to prevent tension resulting from the extraterritorial enforcement of domestic regulation, whereby both positive and negative comity mechanisms were to be included.

Though the report recognises that in the long term, bilateral agreements carry the risk of being unable to deal with trade frictions and economic distortions and cannot replace the effectiveness of a plurilateral agreement. Therefore it proposes a Plurilateral Agreement on Competition and Trade (PACT), in terms of Annex 4 of the WTO portfolio, which should include at least OECD members, Central and East European countries and major trading countries in Asia in its initial phase but open for future signatories.

With reference to the consensus on core principles to be enforced in trans-border cases, the report appointed as binding principles: i) the prohibition on horizontal cartels, such as behaviour involving price fixing, refusal to supply or sharing of markets and export cartels; ii) rule of reason could be included in other co-operation agreements where the effects were to vary depending on certain conditions; iii) application of a similar rule to article 82 of the EC Treaty to discipline abuse of dominant position; iv) harmonisation of merger procedures; and v) proceedings under the WTO law would be allowed also in cases where the action of private practices were impairing market access.

Finally the international institutional structure was to be shaped to serve as a forum for the review of common principles, to qualify what would be deemed an anticompetitive practice, and to provide dispute settlement and enforcement procedures to solve disputes among members. The WTO has been indicated as an appropriate forum to develop a framework of competition rules, based on its near universal membership and its varying composition, aiming to protect both developing and developed countries.

Certainly, the EU internal market experience has provided the trade community with learning experiences⁶⁷. As advocated by Eleanor Fox, the world would “profit from greater openness of markets, less parochialism, higher levels of transparency and market access, and harmonisation of regimes of regulation when disparate systems are costly and harmony will facilitate freedoms and opportunities and tend to improve standards of living without trampling upon important values”. She continues: “many answers for the world trading system are bound to be different. But Europe has posed and is posing the right questions, and for this reason, the world can learn from Europe”⁶⁸.

The Group of Experts Report of 1995 led to a joint communication to the EC Council in 1996, suggesting an EC initiative towards the establishment of a working group within the WTO architecture, intended to examine the impact of anti-competitive practices on free trade. The initiative was subsequently presented at the WTO Ministerial Conference in Singapore in 1996.

4.2.3. The WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition.

Following global calls for continuing discussions concerning the need for an international competition law and responding to the initiative of the Van Miert Report, the Singapore WTO Ministerial Declaration⁶⁹ established the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition in 1996, under that institution that has been attempting to discuss the interface between competition and trade policies since the late 1940's.

The Working Group's of two years mandate was to examine issues raised by the WTO members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, and in particular the following elements: a) The relationship between the objectives, principles, concepts, scope and instruments of trade and competition policy; and their relation to development and economic growth; b) Analysis of existing instruments, standards and activities regarding trade and competition policy, including of experience with their application; and c) The interaction between trade and competition policy, considering: c.1) the impact of anti-competitive practices of enterprises and associations on international trade; c.2) the influence of state monopolies, exclusive rights and regulatory policies on competition and international trade; c.3) the relationship

⁶⁷ Petersmann, Ernst-Ulrich (1996) “International Competition Rules for Governments and for Private Business: ‘A Trade Law Approach’ for Linking Trade and Competition Rules in the WTO”, 72 *Chicago-Kent Law Review* 545-582, at 569.

⁶⁸ Fox, Eleanor M., *Supra* note 66, at 386/387.

⁶⁹ Paragraph 20 of the WTO Singapore Ministerial Declaration, adopted on December 13th, 1996, 36 *International Legal Materials* 218-227, at 226.

between the trade-related aspects of intellectual property rights and competition policy; c.4) the relationship between investment and competition policy; c.5) the impact of trade policy on competition.

The EC and its Member States welcomed the creation of the Working Group recognizing the WTO's role to encourage its Members, irrespective of their level of development, to enact domestic competition law and to identify core principles common to competition laws of different Members, if any. The WTO could examine how effectiveness and coherence of national competition policies of different Members, as well as co-operation between national competition authorities, could best be enhanced, which would contribute to avoid conflicts of law and jurisdiction between Members and to promote gradual convergence of competition laws⁷⁰.

At the Seattle Ministerial Conference the Working Group's mandate was extended for another two years and in 1999 giving three further topics: a) the relevance of the fundamental WTO principles of national treatment, transparency, and most-favoured-nation treatment to competition policy and vice versa; b) approaches to promoting co-operation and communication among Members, including in the field of technical co-operation; and c) the contribution of competition policy to achieving the objectives of the WTO, including the promotion of international trade.

The releasing of the millennium round which has set up a development agenda has once more postponed the beginning of the negotiations on global competition rules, based mainly on the US stance in maintain these issues relegated to an educational, non-negotiating function. According to the Doha Ministerial Declaration, negotiations are to be started within two years of the Doha Conference, held last November in Qatar.

It is expected then to start the discussions intended elaborate a draft of a plurilateral or multilateral agreement within the scope of the WTO or any other existing or newly established organisation to serve as an appropriate forum for dealing with those matters.

In fact, the working group suggests that a failure to implement competition policy and related regulatory reforms compromises the potential gains of trade liberalisation, by inhibiting an adequate response to private restraints, which distorts trade and jeopardise sustained development and growth for both industrialised and industrialising countries.

4.3. The WTO as an Appropriate Forum: Areas of Convergence and Divergence.

On an international level, the process of trade liberalisation is perceived within the WTO remit through the gradual elimination of official restraints among its members. However the trade distortions caused by the interference of privately imposed obstacles to free trade impair the principle of free market fought for by major trading countries.

A number of proponents of the global response, a position deeply sustained by the European Commission, consider the WTO the most appropriate forum for negotiations, the administering, and enforcement of these multilateral rules and principles, particularly because of its size and range of members⁷¹, its tradition of enforcing binding rules and the fact that it is a consolidated institution able to deal with competition-related matters, as for instance the WTO Agreements on General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), on General Agreement on Trade in Services (GATS), on Trade-Related Intellectual Property Rights (TRIPs), on Technical Barriers to Trade (TBT), Safeguards Agreement, etc.

There are a number of reasons for the implementation of an international competition charter bolstered by the WTO. First, competition policy shares with the ongoing process of trade liberalisation the same broad policy objective of efficiency, indicating the present world trading system as an appropriate forum to create a coherent strategy in co-ordination with the already existing trade laws.

Secondly, there is a well-established process of dispute resolution within the WTO framework, which could be used to provide substance, transparency, credibility and security to international competition law.

⁷⁰ Weiss, Friedl (2000) "From World Trade Law to World Competition Law", 23 *Fordham International Law Journal* 20-273, pg. 254.

⁷¹ See Monti, Mario (2002) "Cooperation Between Competition Authorities – A Vision for the Future" in Jones, Clifford A., and Matsushita, M. (eds.) *Competition Policy in the Global Trading System*, Part I, Stampfli & Kluwer, The Hague, 69-82, at 81.

Also, “the judicial nature of the WTO dispute settlement system would also be like to encourage States, and in particular developing countries, to join an international competition law system because outcomes would not depend upon the bargaining or retaliatory power of countries”⁷².

Thirdly, because of its quasi-universal number of countries-members and its wide array of economic and social development, which is made up partly of rich members with long and well-established regulation and other less developed members, either still implementing their competition codes or rejecting the idea provisionally. Indeed since its creation the WTO has been seen as a sound forum for the interests and concerns of developed and less developed countries.

According to the EU, the WTO members could subscribe to a plurilateral agreement to adopt domestic competition laws which would include core principles regarding rules on RBPs and abuse of market power; on adequate and transparent enforcement; and on international cooperation provisions, through the exchange of non-confidential information, notification, and positive comity principle. The foundation of core principles and common standards would need to be built upon moving at a flexible and gradual pace and if created under the WTO umbrella, and proposed as a plurilateral agreement under Annex 4 of the Agreement establishing the WTO, binding only the signatory countries. Most probably, the countries experiencing international consensus either by bilateral or regional agreements, would be expected to sign, while the adhesion of other countries would proceed step by step following the implementation of their own rules, thereby expanding in the end the coverage of the plurilateral agreement⁷³.

According to Petersmann: “all WTO member countries would benefit from institutionalised “competition advocacy” within the WTO, as well as from a long-term framework for examining competition policy problems and promoting a “competition and entrepreneurship culture” in the WTO”. This objective could be promoted also by extending the WTO Trade Policy Review Mechanism to the competition policies of WTO members. The use of the WTO dispute settlement mechanisms in the competition policy area, such as under the existing GATS Protocol on Telecommunications, could likewise benefit from competition policy expertise in the WTO”⁷⁴.

However Daniel Tarullo has raised doubts about the effectiveness of proposed arrangements, in particular within the WTO and in the OECD, because of changing state behaviour to remedy international competition problems. He argues: “The general language of national competition rules, whose application to specific cases evolves over time, is not optimally suited to application in an international system attempting to bind sovereigns. Moreover, the rather adversarial character of the WTO system makes it an unpromising vehicle for fostering the co-operation among states that will be necessary to address some types of problems concerning international competition policy”⁷⁵.

One might argue that the WTO discussions have foundered, especially following the US attempt to exclude different aspects proposed by the Agenda from the negotiations in the WTO Doha Ministerial, particularly environmental, agriculture and inclusive competition issues.

Joel Klein, the erstwhile Assistant Attorney General of the USA for Antitrust, has expressly argued that bilateral agreements can have overwhelming benefits - demonstrating the US preference in adopting bilateral agreements -, referring to the transactions merger Boeing/McDonnell and joint venture WorldCom-MCI, the first involving multi-jurisdictional reviews on some of the most complex battles in history, where the co-operation between antitrust agencies in the US and the EU were crucial to the conclusion of the process with sophistication and efficiency⁷⁶.

⁷² Mitchell, Andrew D. (2001) “Broadening the Vision of Trade Liberalisation: International Competition Law and the WTO”, 24 (3) *Journal of World Competition* 343-365, pg. 359.

⁷³ The EU approach at the time of the Van Miert Report was to advocate for a plurilateral approach; although at the time of the WTO Seattle Ministerial, the stance was changed to a multilateral approach within the WTO framework.

⁷⁴ Petersmann, Ernst-Ulrich (1999) “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO “Linking Principles” for Trade and Competition”, in Symposium: Competing Competition Laws: DO We Need a Global Standard? Panel Three: Is Reconciliation Possible? 34 *New England Law Review* 145-162, at 162.

⁷⁵ Tarullo, Daniel K. (2000) “Norms and Institutions in Global Competition Policy”, 94 *American Journal of International Law* 478-504, p. 479

⁷⁶ Joel J. Klein, “Time for a Global Competition Initiative?”, Address to the EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Brussels, Belgium, September 14th, 2000. Available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.htm>, visited on 18th July 2002. Albeit this is not truly the case of the merger Boeing/McDonnell Douglas, in which the US and the EU authorities have disagreed frontally.

One of the main reasons that bilateral co-operation agreements still address questions regarding co-operation and positive comity principle is that substantial differences still remain in governmental approaches to the aims and to the extent of international substantive antitrust rules.

However bilateral agreements at first sight may seem like an attractive idea, but they do not address the problem caused by the lack of competition laws in some countries, and in particular the low levels of enforcement in others.

Firstly, the enactment of bilateral agreements may not in fact, improve the competition system in many countries, in the sense that they do very little to convince the other countries, which do not have competition, laws to adopt them. The advantage of a multilateral agreement would be to include the countries, which lack competition authority and regulation within a multilateral framework, helping to thwart the actions of some private arrangements, which could to take advantage of the countries without such regulation.

Secondly, since a bilateral agreement is a voluntary process, it involves choice regarding a partner country. Consequently, countries that do not have competition laws may not be able to enter into agreements with those, which have one, inevitably affecting their trade or competition interests. Such an approach infringes the principle of non-discriminatory treatment among trade members.

Finally, most co-operation agreements are non-binding and only entered into when co-operation is of mutual interest to the parties. Thus, whenever such agreement is of interest to both, *e.g.* mostly in case of international mergers, it will be useful to both. However, if it has the possibility to create a trade problem in one country and not in another, then implementation is not of vital interests to some trade partners. Moreover, since it is a two way street, the mere proliferation of agencies analysing the same transaction can have undesirable side-effects, possibly interfering with mergers that are efficient, for instance.

Clifford A. Jones and Mitsuo Matsushita have asserted that bilateral co-operation agreements, no matter how successfully they achieve their goals, provide an insufficient response to the global needs of a unified competition regime. That is not to say that they should not be enacted, but rather they should be complemented by a convergent initiative. "In fact, given that it will take some time to accomplish any substantial multilateral initiatives and given that such agreements allow countries to learn lessons of co-operation which will be even more important in a multilateral regime, such agreements should continue to exist, and new ones should be created. Bilateral co-operation is not inconsistent with the objectives of a multilateral approach"⁷⁷.

Closely aligned policies and a certain degree of convergence between the antitrust agencies in the European and in the US side have saved time and resources for the companies and for the competition authorities. Therefore, the necessary international co-operation among various national antitrust authorities will most likely increase. "[A]s markets become more global, the number of countries having a legitimate enforcement interest in a particular merger will increase as well". This will undoubtedly result in loads of problems, both substantively and procedurally, regarding "simultaneous review and the implications of one competition authority's actions for the actions of other authorities"⁷⁸.

It must be recognised that the problem is not the divergence among countries when adopting competition codes as the world trend is either to copy the EU or the US model, which results in a degree of substantive convergence, even without a consolidated global regime. What in fact is worrying is the greater divergence in procedural matters and the proliferation of unadjusted models, which do not make it easier. The effectiveness of competition laws and their enforcement is of major significance to the global trade system and a multilateral convergence on antitrust rules, eventually introduced under the WTO portfolio, seems feasible, even though its extension in itself is not clear.

5. Conclusion.

⁷⁷ Jones, Clifford A., and Matsushita, Mitsuo (2002) "Global Antitrust in the Millennium Round: The Ways Forward" in Jones, Clifford A., and Matsushita, M. (eds.) (2002) *Competition Policy in the Global Trading System*, Part III, Kluwer Law International, The Hague, 397-406, pg. 402.

⁷⁸ Joel J. Klein, "Time for a Global Competition Initiative?", Address to the EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Brussels, Belgium, September 14th, 2000. Available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/6486.htm>, visited on 18th July 2002.

All efforts done so far have proved not to be spent in vain, as the debate concerning global competition issues move forward, continuing further the academic, institutional and legal initiative which seeks to establish an agreed common approach among trader partners. The many attempts towards the process of shaping an international competition agreement have demonstrated that the world community is closer to build up a global competition sort of codification.

The ongoing process of globalisation has revealed the interface between trade and competition policies bringing the conclusion that their issues should be addressed under co-ordinated governmental measures, enacted by all nations compromised with the goal of fostering the opening of markets and enhancement of public welfare, through the efficient allocation of global resources. Most undertakings operate trans-nationally and have the effects of their collusive or abusive conduct normally felt in more than one jurisdiction, demanding therefore a global concern.

Ever since the 1999 WTO Seattle Ministerial Conference - reinforced after the outcomes of the Doha Development Agenda of the 2001 WTO Ministerial Conference -, the European Union have made articulated proposals for the establishment of multilateral competition rules within the WTO, based on the trading principles of non-discrimination, most-favoured treatment, national treatment and transparency. Although the United States remain highly sceptical regarding a condensed competition agreement among the WTO members and suggests that efforts towards the implementation and sophistication of bilateral agreement is expected to be the most wise solution at the present time. Such a conclusion could only be pragmatic in case that all countries had competition law, an authority enforcing such law, and a co-operation agreement among each other, whereby there would most probably be no need for international competition consensus. Unfortunately, many countries still lack competition regulations and from the countries that have such laws, some do not enforce them effectively or some enforce of them proceed in a discriminatory manner. Another fact that also endangers the effectiveness of co-operation instruments between competition authorities is the fact that they still are quite limited.

Notwithstanding the fact that both bilateral and multilateral agreements have an important role to play in the process of tackling the conflicts arising from the anti-competitive behaviour in commercial relations, the effectiveness of bilateral agreements consist in its gradual and experimental approach by relating initially to more basic rules and thereto develop to more sophisticated binding obligations.

However, the primarily stance sustained by the EU, at the time of the 1996 WTO Singapore Ministerial Conference, which advocated for the adoption of a plurilateral competition law agreement, still seems the most feasible and advanced solution to the trading conflicts at an initial phase. By promoting regional integration among trading partners regardless of stage of development and economy, such a plurilateral agreement would cause the future adherence of remaining nations at the time when they feel more comfortable to join. Such an agreement could focus on more ambitious objectives than a multilateral agreement, which requires the formal acceptance of all the WTO members, and consequently would be restricted to deal with fewer issues. Thus, a plurilateral agreement could address not only trade-related, but also non trade-related competition law issues, as co-operation between national antitrust authorities and consolidation of procedural and substantive national merger control rules.

Firstly, a plurilateral agreement could impose on its members the obligation to adopt domestic competition rules, and to apply them in a transparent and non-discriminatory manner. No specific obligation to prohibit certain forms of vertical restraints should be imposed on the signatory countries, given the divergent policy of most enforcement agencies. Adversely, a generic obligation to combat agreements or collusive practices between undertakings or their associations, and abusive conduct by firms sustaining dominant position, when reducing competition and consumer welfare in markets could be included.

The agreement was not necessarily to impose an obligation to adopt merger control rules. However, it should establish minimum procedural and substantive standard rules, binding signatory countries to adopt merger control legislation.

Also the plurilateral agreement could discipline the co-operation between the competition authorities of the contracting parties, by adapting a plurilateral set-up to co-operation instruments (such as

positive and traditional comity, information exchange between authorities), present in most of the existing bilateral co-operation agreements. Specific provisions should include the exchange and protection of confidential information between competition authorities engaged in the investigation of international cartels. The discipline for the process of settlement of disputes should be dealt as well by the signatory States, when implementing their rules.

The topic consists truly in a delicate issue, because concerning the adoption of competition law rules within a broader arena as the WTO. Traditionally, domestic competition agencies have a certain degree of discretionary power when enforcing own competition rules. This discretion allows agencies to define and to pursue the objectives of their own interest. This is actually the main obstacle for an agreement to be accepted by the US, since their decisions would be subject to review under the WTO Dispute Settlement Understanding. In order to avoid such problem the plurilateral agreement should expressly exclude that individual decisions of domestic competition authorities was to be subjected to a dispute settlement under the WTO aegis. The general obligations, however, should be entitled to the WTO compulsory dispute settlement process. These obligations would be based on some consolidated trading principles as the obligation to put into place an effective, non-discriminatory, and transparent national competition law system, and also to facilitate national authorities to cooperate with other nations when handling with cross-border cartels or mergers, and the imposition to harmonise certain merger control procedural rules.

Developing countries fear although that having adopted such an agreement, their specific needs would not been taken into account, as occurred with the package of agreements imposed at the end of the Uruguay Round in 1994. Albeit, the Doha Ministerial Declaration has expressly exposed its view concerning the need to provide technical assistance and capacity building for the developing countries, making sure that their relation to trade will not shrink and global welfare minimised.

A plurilateral agreement on core principles and minimum standards could help to assure that national competition agencies are based on a sustained comprehensive law, adequate powers and resources, accepted advocacy role, the duty to protect confidential information, and have access to effective sanctions. Such an agreement would represent a significant step towards international co-operation in competition policy. Other organisations such as the OECD and UNCTAD would continuously strengthen and develop its functioning, by exchanging information for instance. The idea is that it is a possible evolutionary and gradual system, which will inevitably evolve from simpler structure to a more complex one.

The better application of competition laws at a national level would undoubtedly improve commercial relations and facilitate the process of free trade at a global level, by preventing anticompetitive practices from harming internal and external business and serving as a commercial defence instrument against collusive and dominant practices. Those attempts are improving in the past decades and are building lessons, which will enable us in the near future to reach a global competition consensus.

A INTEGRAÇÃO DO MERCADO COMUM E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O EXEMPLO EUROPEU

Por: Karla Christina Martins Borges*
e-mail: karlotaborges@hotmail.com

... a semente está plantada, e um dia dará frutos. *Simon Bolívar*

Sumário:

Primeiras Considerações 1. O Bloco e a necessidade da Concorrência 2. A defesa da concorrência no bloco - falhas e ausências 3. O modelo europeu 4. Conclusão 5. Bibliografia.

Primeiras Considerações

“O que diria a União Européia de um parceiro comercial representando um mercado - em termos populacionais – aproximadamente igual a 60% do seu, onde todos falam línguas comunitárias, têm fortes raízes culturais em países da União, e vivem, atualmente, em paz interna sob o amparo de instituições democráticas?”¹

O referido parceiro trata-se do Mercosul,^{2 3} bloco econômico constituído por Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina⁴ que, inspirado no modelo regional europeu, pretende compor semelhante parceria na América Latina, a fim de reafirmar sua vontade política e estabelecer as bases para uma união econômica cada vez mais estreita entre seus povos.⁵

Constituiu-se, assim, um *mercado comum*⁶ para que os países do cone sul, através do compartilhamento de esforços, juntos promovessem valores fundamentais como liberdade, paz, segurança e desenvolvimento humano. Buscando traçar estratégias para enfrentar problemas comuns e alcançar a prosperidade coletiva.

Como modelo integracional, o bloco pressupõe espaço econômico comum onde haja livre intercâmbio de bens e serviços, além da circulação de pessoas e capitais, o que se sustentaria na liberdade de mercado assegurada pela liberdade para concorrer, a chamada quinta liberdade.

Logo, a defesa da concorrência é um instrumento necessário, na medida em que propicia condições para o desenvolvimento econômico, favorecendo situação em que consumidores disponham de maior variedade e qualidade de produtos pelos menores preços; e empresas, de incentivos adequados para aumentar produtividade, introduzir novos e melhores produtos, incrementar lucros e conquistar mercados, propiciando crescimento econômico e aumentando o nível de empregos e salários.⁷

Assim, percebe-se imprescindível o estabelecimento de política regional que institua e regulamente o que se pode ou não fazer em matéria concorrencial, a fim de reprimir o abuso de poder econômico que vise eliminação da concorrência e domínio de mercados.

* Karla Christina Martins Borges, advogada.

¹ Questão levantada pelo Profº Renato G Flores Jr. na palestra O Mercosul e a União Européia: por uma maior integração econômica. O Mercosul e a EU. Curso de Estudos Europeus – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1994., p.123.

² Tratado de Assunção. Art. 1º “Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá ser estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL).

³ O Mercado Comum do Sul é o mais importante modelo de integração econômica de que participa o Brasil, tem sua gênese no Tratado de Montevidéu, 1980, criador da ALADI e posteriormente no Tratado de Integração firmado entre Brasil e Argentina em 1988, efetivamente criado em 1991 através do Tratado de Assunção que previu início das operações a partir de 1º de janeiro de 1995.

⁴ “A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominadas Estados-Partes”. Assim diz o início do Preâmbulo do Tratado de Assunção.

⁵ Parte final do “Preâmbulo” do Tratado de Assunção.

⁶ Mercado Comum é modelo integracional que pressupõe espaço comum em que exista livre intercâmbio de bens e serviços, além da circulação de pessoas e capitais, nos moldes do que ocorre no interior dos países participantes.

⁷ ... “o aumento das trocas e a multipolarização provocam um crescimento do grau de concorrência de numerosos mercados. O reforço da concorrência é uma das maiores conseqüências da globalização; as empresas de cada país esforçam-se muito mais face a numerosos concorrentes de origem diversa...” Velloso, Carlos Mário da Silva. Defesa da Concorrência no Mercosul. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 8, n. 32, jul/set 2000.

Neste contexto, afirmam-se cada vez mais nítidas as semelhanças entre os dois blocos⁸ assumindo a União Européia, na atualidade, o status de exemplo e modelo para o processo de integração regional do Cone Sul que, através da observação dos êxitos e fracassos daquele bloco, melhor poderá tatear seu caminho.⁹

1. O Bloco e a necessidade da Concorrência

Em março de 1991, afirmando seu desejo de formar um mercado comum, países do cone sul celebraram o Tratado de Assunção, estabelecendo de maneira bastante simplificada o procedimento, conteúdo e forma para se construir o Mercado Comum do Sul.¹⁰ A finalidade do tratado seria orientar o período de transição. Tão logo fosse possível, seria substituído por outro ou complementado por protocolos adicionais.

Superado o período de zona de livre comércio¹¹ e vivenciada a fase de união aduaneira, ainda que imperfeita, momento em que criada e experimentada a TEC,^{12 13} caminha-se agora para a formação de um verdadeiro bloco econômico¹⁴ fundado na reciprocidade de direitos e obrigações entre os Estados-Partes.^{15 16}

A execução deste passo exige grau de coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados nacionais,¹⁷ além do arranjo de normas comuns sobre concorrência¹⁸ e da harmonização de legislações,¹⁹ visto que o mercado comum, como qualquer outro mercado, não é um modelo perfeito e equilibrado, até pela própria dinâmica de sua edificação.

Logo, a integração regional é elo que se sustenta na vontade política de seus membros e se fundamenta no direito interno dos países integrantes, ou seja, nos apontamentos constitucionais dos Estados Membros.

Neste sentido, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, artigo 4º, § único, claramente, vincula o desenvolvimento nacional à integração econômica com os países latino americanos²⁰, no que é seguida pela Constituição Nacional da República da Argentina, de 1994, artigos 31²¹ e 75 inciso 24.²²

Posição semelhante é adotado pela Constituição Nacional Paraguai, de junho de 1992 que, de forma mais ampla, além de ratificar a soberania e independência nacional, artigo 143, admite a existência de ordenamentos supranacionais.²³ No mesmo caminho, a República Oriental do Uruguai artigo 2º 4º e 6º da Constituição de 1967.²⁴

⁸ Dentre vários, o fato de ambos constituírem projeto eminentemente político que se utiliza de instrumentos econômicos além de empresariais e a acadêmicos, para o melhor estudo e consecução de seus fins.

⁹ “Copiar sem pensar é um erro, mas agir sem olhar a experiência alheia pode ser erro ainda maior.” Harold Pabst em Mercosul. Direito da Integração. Rio de Janeiro: 1998, Editora Forense. p. XXI.

¹⁰ “A ampliação das atuais dimensões dos mercados nacionais, através da integração, constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social.” Início do Preâmbulo do Tratado de Assunção

¹¹ Livre circulação de mercadorias e restrições quantitativas ou aduaneiras.

¹² Art. 4º, alínea “c” do Tratado de Assunção.

¹³ Tarifa Externa Única que tem como instrumentos principais a redução tarifária, a eliminação dos controles administrativos e a desregulamentação das operações de comércio exterior. Armando Meziat, A Defesa Comercial no Brasil, IBRAC, Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, vol. 3, número 6 – 1996.

¹⁴ Reunião de vários elementos políticos em torno de um objetivo comum.

¹⁵ Artigo 2º do Tratado de Assunção.

¹⁶ Está intimamente associado à livre circulação de mercadorias e à harmonização de políticas e direitos dos Estados Membros. Trata de decorrência lógica do artigo 1º, alínea 1, c/c artigo 2º do Tratado.

¹⁷ Artigo 1º do Tratado de Assunção.

¹⁸ Artigo 4º do Tratado de Assunção.

¹⁹ Na harmonização o que temos são direitos cujos princípios são harmônicos, isto é, concordes, embora o teor de suas regras possa não ser igual. Luiz Olavo Baptista, MERCOSUL. Das negociações à implantação. Organização Luiz Olavo Baptista, Aramintas de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª ed. LTr., São Paulo: 1998.

²⁰ “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²¹ As leis da nação se ditam pelo Congresso e pelos tratados firmados com as potências estrangeiras, são as leis supremas da nação.”

²² “Compete ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competência e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem à ordem democrática e aos direitos humanos” ...

²³ “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite um ordenamento jurídico supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça social, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural.”

²⁴ “A República Oriental do Uruguai é livre e independente de todo poder estrangeiro... e deve a... nação exercer a soberania em toda sua plenitude, a ela competindo o direito exclusivo de estabelecer suas leis”... Também... “A República procurará a integração social e econômica dos Estados Latino Americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas.”

Os quatro países membros também tratam em suas Cartas da defesa concorrência. A Constituição Federal do Brasil, no capítulo *Da ordem econômico e financeira*,²⁵ Constituição Paraguáia, no capítulo, *Dos direitos econômicos e da reforma agrária*.²⁶ Também a Constituição Uruguáia²⁷ e a Constituição Argentina.²⁸

Entretanto, apesar de dispositivos constitucionais que asseverem a importância da defesa concorrencial para as políticas econômicas dos países, apenas Brasil e Argentina albergam legislação infraconstitucional que realmente instrumentaliza tal política. No caso brasileiro há a tríplex estrutura que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884/94: SDE (Secretaria de Direito Econômico) – órgão investigativo que apura e instrui eventuais processos; SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) – órgão emissor de pareceres técnicos; e CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência) – órgão decisório. Já a Argentina, segundo a lei 22.262, implementa ação semelhante através da CNDC (Comissão Nacional de Defesa de la Competência), que traz em sua estrutura um presidente, vocais, economistas e advogados.

2. A defesa da concorrência no bloco - falhas e ausências

Em âmbito regional, coube à decisão 21/94 do Conselho de Mercado Comum,²⁹ sob inspiração de critérios e princípios das normas da Comunidade Européia, mais precisamente artigos 81 e 82 do Tratado de Roma, estabelecer diretrizes gerais para harmonização e defesa da concorrência.³⁰ Em substituição a esta Decisão adotou-se a Decisão CMC 18/96, conhecida como Protocolo de Fortaleza. Esta norma para assuntos de concorrência cria, em seu artigo 8º, o Comitê de Defesa da Concorrência.³¹

Esse protocolo aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direitos públicos ou privado, ou a outras entidades que pratiquem atos cujos efeitos recaiam sobre a concorrência no âmbito do mercosul prejudicando o comércio entre os Estados parte.

No modelo apresentado pela lei, não há supranacionalidade dos órgãos e a aplicação do antitruste assume uma função meramente diplomática, visto que o efetivo processo de defesa concorrencial é responsabilidade dos órgãos nacionais. Aqui surge o primeiro problema: Paraguai e Uruguai não possuem lei de defesa da concorrência, tão quanto sistema que operacionalize e aplique eventual norma. Assim, como tratar de matéria concorrencial em âmbito regional se jurisdições nacionais não o fazem?

O artigo 4º, sob forte influência da Lei nº 8.884/94 trata das condutas contra a concorrência.³² Apresentando, mais adiante, no artigo 6º a exemplificação das práticas a serem punidas. O artigo 7º³³ apresenta regra

²⁵ “Art. 5º. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”... “V – livre concorrência;”
(...)

“Art. 173...§ 4º A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

²⁶ “Artículo 107. Toda pessoa tem direito a dedicar-se à atividade econômica lícita de sua preferência, dentro de um regime de igualdade de oportunidades.”

“Se garante a concorrência no mercado. Não será permitida a criação de monopólios e altas e baixas artificiais de preços que travam a livre concorrência.”

²⁷ “Toda organização comercial ou industrial trustificada ficará sob o controle do Estado.”

²⁸ “Art. 42 - ...As autoridades proverão a... defesa da concorrência contra toda forma de distorção dos mercados, o controle dos monopólios naturais e legais.”

²⁹ “Art. 2º do Protocolo de Ouro Preto. O Conselho é órgão superior do Mercado Comum, correspondendo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum. “

³⁰ A decisão 21/94 teve dois objetivos: primeiro firmar um sistema provisório de defesa da concorrência, em momento anterior ao estabelecimento definitivo da matéria; segundo a tentativa de harmonizar as legislações dos Estados Membro em matéria de concorrência a fim de se construir regras comuns.

³¹ “Seu caráter é intragovernamental, sendo composto pelos órgãos nacionais de aplicação do protocolo de Fortaleza em cada Estado Parte, isto é, os órgãos de defesa da competição nacionais. Sua competência geral é aplicar, em conjunto com a comissão do comércio e com os órgãos de defesa da concorrência nacionais a legislação comum de defesa da concorrência no Mercosul.” CUNHA, Ricardo Tomazinho. Tese de Doutorado. O direito de defesa concorrencial no Mercosul: um estudo comparativo com a União Européia. São Paulo: 2000, p. 248.

³² “Art. 4º. Constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos individuais ou concentrados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito eliminar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes.”

³³ “Art. 7º. Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de dois anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul”.

programática que confere o prazo de 2 anos para adoção de normas para controle de atos e contratos que afetem a concorrência em âmbito regional. Aqui reside o segundo problema: a ausência de qualquer especificação acerca do tratamento e controle dos atos de concentração no mercado comum.

A respeito da apuração de práticas ilícitas, uma eventual investigação envolveria tanto os órgãos nacionais de defesa da concorrência, quanto os órgãos do bloco. Tem-se aí outro problema: como levar a cabo um processo de investigação nos casos em que o Estado sede do infrator ou Estado onde se tenha verificado os efeitos da ilicitude não possui legislação antitruste?³⁴ Ou ainda, como proceder a investigações que, segundo a sistemática do protocolo, seriam de responsabilidade do órgão nacional de defesa da concorrência do Estado Parte e este não o tem?³⁵

Problema outro, é a ausência de primazia do mercosul sobre os Estados nacionais, visto que a relação instituição-nação rege-se pelo princípio da intergovernabilidade e não da supranacionalidade.

Ausente, também, o competente poder jurisdicional que interprete o Protocolo de Fortaleza e forneça a jurisprudência sobre a matéria. “A existência de um órgão forte na aplicação do direito de defesa da concorrência seria um incentivo para a criação de mesmo órgão no Estado-Parte.”³⁶

Neste sentido, muitos vinculam a necessidade da harmonização jurídica, já mencionada, à criação de órgãos supranacionais como um Tribunal de Justiça no Mercosul que viabilize a possibilidade de um mercado comum econômico, com livre intercâmbio comercial, de capitais, serviços e pessoas, bem como da chamada 5ª liberdade, a liberdade de concorrência.

Logo, para a segurança da liberdade para concorrer, imprescindível é a criação de um órgão jurisdicional que aplique, aperfeiçoe e uniformize o texto legal no âmbito regional.³⁷

3. O modelo europeu

“O ordenamento comunitário é fruto dos amores entre sonhos políticos e vontade econômica e constitui em essência, a expressão de direitos regulados de sistema internacional, de natureza econômica e de caráter nacional.”³⁸

À semelhança do Tratado de Assunção, o Tratado de Roma que instituiu a Comunidade Econômica Européia, afirma em seu preâmbulo que os Estados Europeus decidem criar uma Comunidade Econômica Européia para promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas dos Estados Membros, o desenvolvimento harmonioso das atividades econômicas no seio da comunidade, uma expansão econômica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acelerado no nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que o integram.

Entre as diversas ações a serem levadas a cabo pela comunidade, consta “o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum.” Criou-se para tanto, órgãos supragovernamentais para o desempenho destas funções, esta uma das grandes diferenças entre a UE e Mercosul³⁹.

³⁴ A diferença entre as legislações nacionais implica quebra do princípio da igualdade de tratamento prevista no Tratado de Assunção, pois, se de um lado acarreta maiores custos de produção nos países de legislação mais rígida, de outro pode propiciar a fuga de capitais para países com legislação mais liberal.

³⁵ Deve-se observar que não basta que sejam harmonizados, no Mercosul, as políticas de concorrência dos Estados-Membros. É indispensável para a viabilização da integração regional, que essa política seja respeitada. E, para que isso ocorra, é necessária que seja estruturada no Mercosul num prazo razoável, uma instituição neutra e competente, colocada acima dos interesses nacionais como é o caso da Comissão Européia.” Pereira, José Matias. Regime de Concorrência e Políticas Concorrenciais na América Latina: o caso do Mercosul. Brasília: Revista de Informação Legislativa, jul/set 1995.

³⁶ Esta é a conclusão a que chegou Ricardo Cunha em sua tese de Doutorado. Op cit p. 318/319.

³⁷ Neste sentido Ricardo Cunha: “O melhor dos mundos seria a criação do sistema supranacional de defesa da competição, com a supranacionalidade do órgão de aplicação da lei e do controle jurisdicional.” Op. cit. p. 320.

³⁸ Casella, Paulo Borba. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. Mercosul das Negociações à implantação - Organização de Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª Edição. São Paulo Ltr.: 1998, p. 342.

³⁹ Neste sentido fala Paulo Borba Casella: Por mais admirável que seja a obra de edificação da unidade europeia, essa não é a nossa realidade. Devemos enxergar o que fazem os outros, sem nos esquecermos da ação na contemplação, mas buscando adaptar o que existe, em termos conceituais e institucionais, as nossas condições e necessidades. Casella, Paulo Borba. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. Mercosul das Negociações à implantação- Organização de Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª Edição. São Paulo: Ltr. 1998, p. 311.

Constituiu-se o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia que desempenha importante papel na formação de noções inovadoras e consecução das normas de concorrências em âmbito comunitário.⁴⁰ Redigiu-se os artigos 81 e 82⁴¹ que bem trataram das questões de condutas passíveis de lesar a concorrência de mercado entre os Estados Membros. Também se procurou harmonizar as legislações nacionais com a legislação comunitária, partindo-se do princípio de que os dispositivos nacionais devem ser harmônicos e não contraditórios aos objetivos comuns apregoados pelo Tratado e implantação da comunidade eliminando-se, desta feita, pontos de atrito em matéria de ordem pública.⁴²

Reforce-se aqui, a natureza compulsória do direito comunitário em relação aos Estados membros, que encerra a conclusão de que a ordem pública internacional dos Estados membros, necessariamente, compreende os princípios comunitários.

Assim, visando aumentar a coesão entre as economias nacionais integrantes deste mercado, estabeleceu-se um regime de circulação intracomunitária enquanto se unificam tarifas e posições, o que se justificaria dada a necessidade de coexistência entre o livre funcionamento dos mercados e a regulamentação asseguradora da competitividade e da estabilidade social, além de inúmeros outros benefícios sócio-econômicos.

4. Breves Comentários

Toda integração necessita de um sistema eficiente de defesa da concorrência. O êxito da forte consolidação continental da União Européia se deve, em parte, às fortes vigas de sustentação proporcionada pelo resguardo da concorrência.

Assim, também o Mercosul, buscando o desenvolvimento contínuo e equilibrado de seu bloco deve vislumbrar na proteção da concorrência um instrumento ótimo e necessário par a harmoniosa integração de suas economias, incentivando e auxiliando a implementação e execução desta política, tanto intra-bloco como nos Estados Parte.

Em especial, deve o bloco, através de seus países integrantes, encorajar a construção legislativa nos países em que ausente tal atividade, bem como aparar suas próprias arestas, preenchendo as lacunas que ainda restam em sua legislação.

Conforme já se afirmou, são muitas as semelhanças na formação, estruturação e composição dos dois blocos econômicos, União Européia e Mercosul, o que reforça a necessidade de estreitamento de relações e a permanente colaboração entre eles. O Mercosul está em franca expansão e consolidação e nada melhor para a consolidação do iniciante que o exemplo e modelo trazido pela experiência bem sucedida da experiência Européia.

5. Bibliografia

- Baptista, Luiz Olavo. O MERCOSUL - Suas instituições e Ordenamento Jurídico. Editora LTr, São Paulo: 1998
- Mercosul das Negociações à implantação- Organização de Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª Edição. São Paulo: LTr. 1998.
- Casella, Paulo Borba. MERCOSUL – Exigências e Perspectivas. São Paulo: Editora LTr, 1996.
- Casella, Paulo Borba. Direito da Concorrência na UE e no Mercosul. Mercosul das Negociações à implantação- Organização de Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª Edição. São Paulo Ltr.: 1998.
- Cunha, Ricardo Tomazinho. Tese de Doutorado. O direito de defesa concorrencial no Mercosul: um estudo comparativo com a União Européia. São Paulo: 2000.
- Constitución de la República Argentina. Santa Fé, Editora Panamericana, 1994. ;Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, Editora Saraiva, 16ª ed, 1997. Constitución Nacional del Paraguai, 1992.
- Constitución de 1967 de la República Oriental del Uruguai, Montevideu, Fundación de Cultura Universitária, 1994.
- Dromi, Roberto. Ekmekdjian, Miguel Angel. Riviera, Julio C. Derecho Comunitario – Regimen del Mercosur. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 2ª ed. 1996.
- Estudos em homenagem ao Profº Irineu Strenger. Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas. Organizadores Luiz Olavo Baptista, Paulo Borba Casella e Hermes Marcelo Huck.
- Ferreira, Aldo Leão. Mercosul. Comentários sobre o tratado de Assunção e o Protocolo de Brasília. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 1994.
- O Mercosul e a EU. Curso de Estudos Europeus – Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1994.
- MERCOSUL. Das negociações à implantação. Organização Luiz Olavo Baptista, Aramintas de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, 2ª ed. LTr., São Paulo: 1998.

⁴⁰ Casella, Paulo Borba, op. cit. p. 319.

⁴¹ Anteriormente artigos 84 e 85.

⁴² Casella, Paulo Borba, op. cit. p. 327.

Meziat, Armando. A Defesa Comercial no Brasil IBRAC, Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo, vol. 3, número 6 – 1996.

Pabst, Harold. Mercosul. Direito da Integração. Editora Forense, Rio de Janeiro:1998.

Pereira, José Mathias. A defesa da concorrência no Mercosul. Boletim de Integração Latino Americana. Brasília n. 15, out/dez 1994.

Pereira, José Matias.Regime de Concorrência e Políticas Concorrenciais na América Latina: ocaso do Mercosul. Brasília: Revista de Informação Legislativa, jul/set 1995.

Santos, Maria Cecília Andrade. Sobre a Cooperação em Matéria de Concorrência entre a União Européia e o Mercosul. Revista de Direito do Mercosul. Buenos Aires. V. 4, n. 3, jun 2000.

Velloso, Carlos Mário da Silva. Defesa da Concorrência no Mercosul. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 8, n. 32, jul/set 2000.

COMPETITION ADVOCACY IN BRAZIL – RECENT DEVELOPMENTS¹

Por: Claudio Monteiro Considera² e Mariana Tavares de Araújo³
e-mail: consider@fazenda.gov.br e mariana.araujo@fazenda.gov.br

Executive Summaries

During the past three years, SEAE and the other agencies of the SBDC, have concentrated efforts in disseminating the value of competition within the government and throughout the Brazilian civil society. The competition advocacy role performed by the SBDC has encompassed a variety of initiatives that ranged from an intensive campaign in the media, to participation in task forces with different governmental bodies. This article examines the importance of these initiatives for the development of a competition culture in Brazil, where, until very recently, the economic model was based on price controls and import substitution.

Nos últimos três anos, a SEAE e os demais órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), concentraram esforços para disseminar o valor da concorrência dentro do próprio governo e dentre os consumidores brasileiros de um modo geral. O papel de advocacia da concorrência desempenhado pelo SBDC abrange inúmeras iniciativas que vão desde uma campanha intensiva na mídia à participação em grupos de trabalho com diversos órgãos governamentais. Este artigo examina a importância de tais iniciativas para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência no Brasil, onde até muito recentemente o modelo econômico baseava-se em controle de preços e substituição de importações.

1. The Brazilian System for Competition Defense

The Brazilian System for Competition Defense (SBDC) is formed by three institutions: the Administrative Council for Economic Defense (CADE) the Secretariat of Economic Law (SDE), both linked to the Ministry of Justice, and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) linked to the Ministry of Finance. They perform complementary roles enforcing the Competition Law no. 8.884/94, enacted in June 1994.

Concerning mergers, acquisitions and other types of concentration acts, SEAE initiates the analysis and issues a technical report, based on the application of common Merger Guidelines developed by SEAE and SDE. In the concluding remarks of this report SEAE always makes a recommendation either: approving the operation; approving the operation under specific conditions; or blocking the operation. The case is then sent to SDE, where another technical report is issued. Most of the times, SDE's reports corroborates SEAE's analysis and offers the same recommendation; it may in some cases, even reinforce SEAE's position, whenever it is challenged by any of the firms involved in the operation. Disagreements between both Secretariats have been rare in the past and virtually inexistent in the past four years.

The third step is the final administrative decision to be issued by CADE, which has a structure and attributions that resemble an administrative tribunal. CADE's decisions can only be reviewed by the judicial courts. CADE is an independent council, administratively linked to the Ministry of Justice, and it is formed by 6 commissioners and one president, which serve two year terms, with the possibility of reappointment for a second mandate. The members of CADE are selected by the Brazilian President and have to be approved by the Senate.

Conduct cases may be initiated either by SEAE or SDE, whether by their own initiative or provoked by a third party. SDE is responsible for presiding over the case, conducting the final hearings and submitting the investigative report to CADE, with a recommendation to condemn or to absolve the accused firms. SEAE may not participate in investigations started at SDE, although in most instances in the past four years it has. In such cases, SEAE has performed complementary investigations and prepared technical reports indicating to SDE its assessment to be included in the final report to CADE. CADE takes the final administrative decision, which can

¹ The views expressed in this paper are personal and should not be attributed to the Brazilian Ministry of Finance.

² Secretary for Economic Monitoring of the Ministry of Finance, professor of economics at Fluminense Federal University and of the Faculty of Economics and Finance of the IBMEC.

³ General-Coordinator for Anti-Cartel Enforcement at the *Secretariat for Economic Monitoring (SEAE)*. LL.M. 2001, *Georgetown University Law Center*.

only be reviewed by the Brazilian Federal Courts. If the firms are found guilty, CADE will condemn them to pay fines that will range from 1% to 30% of their individual sales.

Since 1990, in addition to the administrative prosecution carried out by the SBDC, Brazil has been prosecuting cartels criminally as well. Taking into account the harmful effects of cartels for consumers and for the economy, the government enacted Law no. 8.137, which determines cartel formation a crime, punishable with imprisonment.

2. The legal framework

Competition and Antitrust entered a new phase after the reforms put in practice in 1994. The Real Plan was not only a stabilization plan; it was actually a plan of reform of the Brazilian economic, social and institutional structures. Stabilization, economic opening to external competition, privatization, abandonment of price control and the creation of regulatory agencies made it possible to enforce competition rules. In June 1994, Brazil moved definitively from price control to competition policy with the enactment of Law no. 8.884. Among the innovations introduced by the new diploma, was the control of mergers and the insertion of economics in Brazilian competition law, a field which had been reserved for lawyers since its very beginning.

The new competition law enacted in June 1994 modified the previous statute in several other ways as well: (i) it granted CADE administrative and financial autonomy; (ii) made it impossible for firms to file administrative appeals of CADE decisions, transforming CADE into the final authority on merger decisions; (iii) introduced the performance commitments for the firms; (iv) instituted the concept of dominant position in the market following the European doctrine; (v) created the definition of abusive increase of prices, as the increase of prices not justified by cost increases; and (vi) defined the role of the Ministry of Finance as responsible for submitting the economic reports on merger procedures and conduct cases.⁴

Since then, there have been other changes both in the way SEAE, SDE and CADE perform their roles, and in the law itself. In 1999, SEAE instituted Guidelines for the Economic Analysis of Mergers (Directive SEAE no. 39); and later, in 2001, these Guidelines were modified and adapted to serve both SEAE's and SDE's analysis (Joint-Directive no. 50 by SEAE and SDE). These Guidelines state, in a clear and transparent way, procedures to be followed by both secretariats when analyzing horizontal concentrations submitted to the Brazilian antitrust authorities.⁵

In 1999, two other important directives were issued: the first one granting SEAE the authority to institute fines for firms which deny, omit or delay the delivery of documents necessary for the analysis of cases (Directive SEAE no. 45); and the other one (Directive MF no. 305) enlarging the investigative power of SEAE in conduct cases.⁶

The most recent initiative of anti-cartel enforcement in Brazil focuses on the implementation of a leniency program, designed to encourage parties involved in antitrust conspiracies to cooperate with the authorities, providing them with evidence of illegal activities. In December 2000, Federal Law no. 10.149 was enacted to give the Brazilian authorities the power to grant administrative amnesty associated with full, automatic criminal immunity for conspirators cooperating with antitrust investigations.⁷ This is a particularly important instrument in a system where cartels are prosecuted both at the administrative and the criminal level.

The new statute establishes that SDE, on behalf of the Brazilian government, may sign agreements giving full amnesty or reducing by one or two-thirds the penalty applicable to individuals or corporations that have 'infringed the economic order' and that choose to collaborate with the investigations. Such 'leniency

⁴ These changes were described in Lúcia Helena Salgado, *A Economia Política da Ação Antitruste* (São Paulo, Ed. Singular, 1997), pp. 175-85.

⁵ SEAE is currently preparing two additional guidelines; one for Vertical Integration and a second one for Predatory Pricing, both of them should be finished within the next two months.

⁶ For a full description of Directives no. 39, no. 45 and no. 305 see Claudio Monteiro Considera and Paulo Guilherme Corrêa, "Desenvolvimento econômico e política antitruste: razões para a adoção das portarias no. 39 e 45 da SEAE e no. 305 do Ministério da Fazenda", SEAE, Working Paper, 3, November 1999.

⁷ For a full description of the Law see Claudio Considera, Paulo Corrêa and Frederico Guanais, "Building a leniency and amnesty policy: the Brazilian experience" in *Global Competition Review, The International Journal of Competition Policy and Regulation*, London, June/July 2001, pp. 44-46.

agreements', as described by the Brazilian law, can only be signed if SDE does not already have enough evidence to secure the conviction of the corporation or individual at the time the agreement is proposed. Thus, even if the antitrust authority is aware of the infringement of the economic order, a party may qualify for the leniency program provided the authority did not have sufficient evidence to secure a conviction.

In addition, Law no. 10.149 grants SDE the power to sign leniency agreements without prior approval by CADE, which provides participants in the leniency program with further legal certainty that once the agreement is signed the SBDC will honor it. There is no need for a recommendation of amnesty, which would be subject to a revision by CADE; nonetheless, CADE is still responsible for formally declaring the final act of the leniency agreement: the reduction of the applicable penalty imposed on the offender (which might be up to 100 per cent, i.e. full amnesty). The leniency program together with the new investigative powers also introduced by the new law, has enabled Brazilian antitrust authorities to increase the detection and successful prosecution of illegal agreements among competitors.

In October 1999, Brazil and the United States signed the Mutual Legal Assistance Treaty to facilitate cooperation among their antitrust officials. This was a significant innovation, since it was the first bilateral agreement signed in this field. In June 2002, the treaty was declared in full force and effect, through the enactment of the Decree 154. Another important development in the international arena, was the confirmation of Brazil's association with the "OECD's Recommendation Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels", being the first observer country to do so.

Moreover, since March 2002, SEAE, SDE and CADE have been adopting a simplified review for mergers that clearly do not offer any anticompetitive risks. The "Simplified Procedure Regarding Mergers" is similar to the "Early Termination" applied by U.S. Federal Trade Commission and the Department of Justice. These procedures are currently being used in most of the simple cases, leaving additional resources available for the analysis of more complex cases.

Another innovation implemented in March 2002 by the SBDC was the "Preliminary Order", issued by CADE at the request of SEAE or SDE, on complex and potentially anticompetitive merger cases. When SEAE or SDE assess that a transaction might pose competitive risks, either agency may file a request for a Preliminary Order with CADE, to prevent the parties from completing the transaction before a final administrative decision. This was a significant improvement for the Brazilian post-merger notification system, where firms have until 15 days after the completion of the transaction to submit the case before the SBDC. SEAE has submitted five requests for preliminary orders so far, all of which were granted by CADE. CADE however, has opted not to impose restrictions on the firms, but alternatively decided to call the firms to sign agreements, where they spontaneously commit not to go through with the deal until a final decision is reached.

Currently, a working group is preparing a new structure for the Brazilian System for Competition Defense, at the request of President Fernando Henrique Cardoso. The proposed draft-bill gathers under a National Competition Agency, the two investigative and advisory institutions (SEAE and SDE), and it will be organized as an independent body associated to either the Ministry of Finance or to the Ministry of Justice. CADE will keep its administrative and financial independence and have the final authority on the subject, unless one of the parties appeals to the judicial courts. The directors of the agency will serve four-year mandates, with the possibility of reappointment for a second term; while the counselors of CADE will be appointed once for five-year mandates, instead of a two-year renewable mandate, as it is now.

At the same time an amendment of the Competition Law is being prepared, not only to adapt to the new conformation of the system, but also making it more agile and efficient with respect to investigation procedures and mergers analysis. The amendment will establish among other issues, the following noticeable innovations:

1. The firms will have to file merger notifications ex-ante and not ex-post, as it is now. This will make time an ally for the antitrust authority and not for the firms, as it is in the present system. Sometimes firms delay the submission of documents necessary for the analysis of the case, making it more difficult for the tribunal to recommend structural remedies. An examination of past decisions has shown that CADE has imposed mainly behavioral remedies and only a few structural ones.
2. There will be a clear separation between the investigative role performed by the agency, and the decision-making role, performed by CADE.

3. It establishes a new procedure for the merger-analysis, where only clearly anticompetitive cases will be argued before CADE, by the Director-General of the agency. CADE, however, will still be informed about the case through a report prepared by the Director-General, and might still decide to hear it, if its assessment differs from the Director-General's.
4. There is an important change from the perspective of the consumer as well: the Director-General will be the representative of consumer's interests during the trial. Under the current system, only the firms are allowed to defend their case before CADE.
5. As a consequence to CADE being thereafter responsible only for the cases potentially harmful to competition, it will be able to issue important decisions in a shorter period of time.
6. Similarly, the Agency will have more time to investigate illegal conducts, mainly hard core cartels, and CADE also to judge them.
7. The amendment also clarifies that the final decision regarding competition issues comes from the antitrust authorities, even those related to regulated sectors, where there are specific agencies in charge.⁸ The regulatory agencies and the National Competition Agency will have to work together in these matters.

The draft-bill is currently being finished to be sent to Congress. The preliminary project was submitted to public consultation and has received many amendments during the two years of its preparation.

3. Administrative X Judicial Spheres

The three agencies that integrate the Brazilian System for Competition Defense investigate and decide antitrust cases at the administrative level, where the authorities in charge are trained professionals with the necessary expertise for the task. However, the same cannot be said with respect to the judiciary system, to where the parties can appeal from decisions issued by CADE, and where the independent criminal prosecutions take place in cartel cases.

An appeal from an administrative decision will trigger a suit that will be initiated at the first sphere of the Federal Court system, where it will be analyzed by a non-specialized judge in charge of an extremely large docket, together with proprietary disputes and a variety of other claims. The Brazilian court system allows several requests for reconsideration to the same level as well as to superior tribunals, many of which suspend the proceedings. The track, thus, to a final verdict is extremely long and in many cases can take years.

In addition, judges at the first step of the judicial ladder, are in most cases neophytes with little or no antitrust background at all. They might be stationed in small districts, away from the attention of the media, where the political influence is greater as is also the risk of corruption.

Evidently, this is not an effective model for the interface between the two spheres. Short of a complete restructuring of the system, substantial competition advocacy work will be necessary, not only to technically prepare the judges to analyze and decide antitrust issues, but foremost to educate them and rest of the judicial structure on the values of competition.

4. The Clash Between the Two Spheres within the Brazilian System

In the past three years in Brazil, the clash between the administrative and the judicial spheres has been specially intense. This is the result of an increasingly proactive stance adopted by the SBDC, which has just recently started to apply significant fines and to recommend preventive measures to avoid irreparable harm to the market. All the important decisions issued by the system were followed by appeals from the parties to the courts. This is an expected reaction from the Brazilian private sector, which is unaccustomed to deal with strong competition bodies; however, it has significantly impaired antitrust enforcement in Brazil, since it is met by a judicial system which not only allows, but incentives tactics to delay the application of remedies and fines.

The three cases described below reflect this incoherence on antitrust enforcement in Brazil: on the one side there are the administrative authorities, which both recommend and apply strict antitrust remedies; and on the other, the judicial courts, where the proposed punishment is systematically postponed.

⁸ See, Claudio M. Considera and Kélvia Albuquerque, "The Relationship Between Competition Policy and Regulation in the Brazilian Economy", SEAE, Working Paper 10, August 2001.

The Steel Cartel Case

In October 1999, CADE found the steel producers Usiminas, CSN and Cosipa guilty of price fixing and fined the firms in R\$51 million⁹ (which corresponded to approximately 1% of their revenues in 1996). The evidence in this case was uncontroversial, since representatives from the firms themselves and their trade associations attended a meeting at SEAE in 1997, to inform that they would simultaneously increase their prices by a specific amount at a specific date. Until 1994, meetings such as these were admissible and relatively common, due to the Ministry of Finance's attribution to administer price controls. During the meeting however, the firms were warned that under the new regime, an agreement to fix prices was illegal and that should they attempt to jointly raise the prices for steel, they would be prosecuted for cartel formation.

This was the first cartel condemned by CADE and to this date the firms have not yet been punished. After the administrative trial, the firms appealed from the decision to the Federal Courts, requesting that CADE's decision were vacated and the fine annulled, alleging that they had not been allowed to present their arguments before CADE previous to the application of the fine. The steel companies obtained preliminary orders suspending the payment of the fines until a final judgement in the Federal Courts is reached.

In addition, in December 2001, CADE also fined Cosipa and Usiminas on additional R\$3.5 million¹⁰ each, for having intentionally misrepresented the fact that they had taken part in the meeting at SEAE in 1997. Both firms had alleged that they had not attended the meeting and later, during the trial, through the testimony of a third party, it was uncovered that they had. The firms have also appealed and the issue will be decided by the court in charge of the first set of appeals. Meanwhile, the firms were released from paying the fine until a final decision is issued.

The White Martins Case

CADE issued in June 2002, the highest individual fine ever imposed, against the firm White Martins for abuse of its dominant position in the carbonic acid gas market. The fine totaled R\$24 million¹¹, which amounted to 5 per cent of the firm's total revenues in 1997.

The investigation was initiated in 1997, after a competitor firm, Messer Grieshem, filled a complaint against White Martins, a monopolist firm at the time. Messer Grieshem alleged that it had been foreclosed from the carbonic acid gas market, due to an exclusivity agreement that White Martins had signed with Ultrafertil, which should last for ten years. Before the agreement, Ultrafertil used to sell 60% of its production to White Martins and the remaining 40% to Messer. Since 1994, though, White Martins purchased the entire production of Ultrafertil, which was in excess of its need for the product, supposedly with the sole purpose to exclude competitors from the market.

In addition to the fine for anti-competitive behavior, CADE also condemned White Martins to pay over R\$1.1 million¹² for intentionally misrepresenting data regarding the excess capacity of one of its plants, during the previous analysis of its acquisition of the firm Liquid Carbonic.

The payment of the fine imposed by CADE will be now demanded through an administrative proceeding, after which White Martins will be considered officially in debt with the Government. The attorneys that represent the firm, however, have already warned that White Martins will appeal to the Federal Courts, where it is likely that a preliminary order will be issued suspending the payment of the fine until a final decision is reached. If that indeed happens, the intended punishment would once again be indefinitely postponed.

The Microsoft-TBA Case

On July 2002 SDE closed the investigation involving the Brazilian subsidiary of Microsoft Corporation and one of its retailers in Brazil, TBA Informatica (TBA). The Administrative Process was sent to CADE for a decision, with SDE's recommendation that the firms were punished for having entered an exclusivity agreement, through

⁹ Approximately US\$16.5 million.

¹⁰ Approximately US\$3.1 million.

¹¹ Approximately US\$7.4 million.

¹² Approximately US\$362,000.

which Microsoft granted TBA the monopoly in the market of software sales to Brazilian Federal Government in Brasilia.

Less than two months before the end of the investigation, SDE assessed that there was enough indication that the agreement was harmful to the market, and therefore, issued a preliminary order determining specific measures to be followed by Microsoft and TBA, under the penalty of daily fine for non-compliance. The firms were requested to end the territorial restrictions in Brasilia; and Microsoft should inform its clients and the other retailers around the country that the exclusivity agreement was no longer valid. In addition, SDE determined that Microsoft should publish a press release at a large Brazilian newspaper, informing the public about the preliminary order. Microsoft first, immediately followed by TBA, filed appeals at the first instance of the Federal Court and were granted injunctions overruling the order and paralyzing SDE's analysis.

SDE subsequently appealed to the Superior Court and was successful in convincing the court that there was enough evidence that the agreement was anticompetitive. The injunctions were then overturned and most of SDE's proposed measures were confirmed, with the exception of the publication in a large newspaper, of which Microsoft was released until one of the panels of the Superior Court issues a final decision.

This is an emblematic case and it exemplifies how dangerous can be the current Brazilian model for the interface between the judicial and the administrative sphere. The purpose for SDE's preliminary order was to interrupt the harmful effects the agreement, until a decision by CADE finally prohibited it. At the stage of SDE's analysis where the order was issued, the officials in charge had already concluded the substantive part of the investigative work and assessed the need to advance a remedy before its report were concluded and CADE heard the case. This aim was close to being frustrated by a judicial order, issued by a judge with no familiarity with the case or the subject at hand, and which could, in addition, have suspended SDE's work for months before a decision at one of the panels of the Superior Court was reached.

5. Enhancing Advocacy

As it was seen in Section 2, Brazil has had an antitrust law for more than 30 years, however, until 1992 this law remained unused due to an economic model based on price controls and import substitution. In 1994, the new legal framework was enacted and with that, the seed for a new competition culture was planted.

The price control system that lasted in Brazil for so many years was responsible for the strong belief shared by Brazilian consumers, that controlled prices were fair prices and, thus, better than those that result from a competitive environment. Therefore, in addition to the new law and to the new administrative structure established after 1994, substantial mobilization was and still is necessary to change these views.

During the past three years, SEAE and the other agencies of the SBDC, have concentrated efforts in disseminating the value of competition within the government and throughout the Brazilian civil society. The competition advocacy role performed by the SBDC has encompassed a variety of initiatives that ranged from an intensive campaign in the media, to participation in task forces with different governmental bodies.

A competition culture is being developed in Brazil and lately, issues related to antitrust have gained significant prominence in the media. Both the Secretary for Economic Monitoring and the President of CADE have written several articles in the largest newspapers and together with the Secretary of Economic Law, are frequently quoted by journalists in their news pieces. A study on the number of articles in the print media reporting antitrust enforcement by SEAE alone, indicates that only in the first four months of 2002 there were already more pieces in the press about the agency, than during the entire year of 2001: 66 articles were published in 2001, against 79 from January through June 2002. Although there are not yet numbers for the SBDC as a whole, it seems fair to assume that it follows the same trend.

The three agencies have also took on the routine of issuing newsletters and giving press conferences to announce important decisions on the most relevant cases. This practice has increased the knowledge of journalists on the subject and, as a consequence, the information that is passed on to the general public is significantly more accurate.

The initiative of the agencies in promoting antitrust in the media, has been followed by publications by attorneys and former competition officials, including two former commissioners from CADE that have weekly columns in important newspapers. The actual growth in importance of this topic is also reflected on the inclusion of antitrust on undergraduate courses of economics; on the emergence of several graduate courses on antitrust; and on the proliferation of thesis and graduate papers on the subject.

6. Concluding Remarks

Brazil has a long history of state intervention in the economy. The culture that predominated within Brazil until recently, followed the development theory of the post-war II, where government action was seen as fundamental to diminish the gap between underdeveloped and developed countries. In such a scenery, the signal for resource allocation was given by the government, either by directly investing or through incentives to private investment, and therefore, there was no need for a pure price mechanism to guide it. Moreover, according to the economic ideology of those times, some inflation would be necessary so that the structural changes in the resource allocation would benefit the new leading (industrial) sector of the economy. Although some inflation was necessary, it had to be controlled, so that it served the right sector and did not take an explosive path.¹³

The conclusion was obvious; there was need for price control. Furthermore, the basis for the new industrial sector was the technology imported from developed countries; this implied that a limited number of firms, with large economies of scale, had enough excess capacity to supply the entire Brazilian market for each product. In such an environment there was no room for competition policy.

Therefore, although CADE has been created in 1962, until 1994 it had been performing a role different than enforcing competition. Actually, its main target had been the control of price abuses, and for that purpose it was far less efficient than the agencies that during that period were responsible for enforcing price control. Thus, with such a long history of state intervention and price control, after only eight years of competition policy in Brazil it is still too early to say that competition is a value of the Brazilian society.

¹³ For a comprehensive historical analysis of the antitrust policy in Brazil see Considera, Claudio and Corrêa Paulo, "The Political Economy of Antitrust Policy in Brazil – from price control to competition policy", in Barry E. Hawk, Ed. 2001 Annual Proceedings of the Fordham University School of Law, International Antitrust Law and Policy, NY, Juris Publishing, 2002, pp. 533-68.

O DUMPING NO MUNDO GLOBALIZADO

Por: Tiago Jundi Pinheiro e Paloma Pestana Ramos¹

e-mail: ptizi@terra.com.br

RESUMO

Especificamente no campo do Comércio Exterior, a globalização produziu efeitos positivos e negativos, como são exemplos as práticas comerciais desleais, que comprometem a produtividade e o bom desempenho do conjunto das empresas, levando muitas delas à falência. Inúmeras são as matérias suscitadas pela intensificação do comércio internacional, demandando uma crescente especialização dos profissionais que atuam nessa área. O estudo do *dumping*, desta forma, proporciona a melhor compreensão dos problemas jurídicos enfrentados pelos exportadores, pelos produtores domésticos e pelas próprias partes signatárias na aplicação das normas do GATT, de molde a mais efetivamente lhes assegurar o gozo da tutela que o sistema jurídico nacional, nos limites dos acordos internacionais, proporciona.

Finalmente, a imposição de direitos *antidumping* não constitui tributo ou pena imposta ao importador, tratando-se, sim, de uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional, fruto do direito convencional que, ao ser regulamentada pelo direito interno.

PALAVRAS-CHAVES: DUMPING, ANTIDUMPING, EXPORTAÇÕES, CONTRATOS.

ABSTRACT

Specifically in the field of the External Trade, the globalization produced positive and negative effects, as they are examples the disloyal commercial practices, that you/they commit the productivity and the good acting of the group of the companies, taking many of them to the bankruptcy. Countless they are the matters raised by the intensification of the international trade, a growing specialization of the professionals that you/they act in that area disputing. The study of the dumping, this way, provides the best understanding of the juridical problems faced by the exporters, for the domestic producers and for the own signatory parts in the application of the norms of GATT, of mold the indeed to assure them the joy of the protection that the national juridical system, in the limits of the international agreements, provides.

Finally, the imposition of rights antidumping doesn't constitute tribute or he/she grieves imposed to the importer, being treated, yes, of a for-tariff imposition of international economical right, fruit of the conventional right that, when being regulated by the internal right.

WORD-KEY: DUMPING, ANTIDUMPING, EXPORTS, CONTRACTS.

I - INTRODUÇÃO

A globalização é um fenômeno cujos reflexos são nitidamente sentidos tanto na seara jurídica, quanto nas mais variadas áreas do conhecimento humano, reclamando de todos __teóricos e práticos__ a adoção de novas perspectivas compatíveis com as mudanças hodiernamente observadas. A primeira dificuldade em lidar com a idéia de globalização consiste na variedade de significados que têm sido atribuídos ao mesmo fenômeno. Essa variedade é explicável, em parte, porque esse é um processo cujo impacto se faz sentir em diversas áreas e, apesar dos benefícios por ele trazidos, inegáveis são os conflitos oriundos da sua intensificação, notadamente nas relações comerciais exteriores, as quais passaram a compreender novos mecanismos e instrumentos. Especificamente no campo do Comércio Exterior, a globalização produziu efeitos positivos e negativos, como são exemplos as práticas comerciais desleais, que comprometem a produtividade e o bom desempenho do conjunto das empresas, levando muitas delas à falência. Inúmeras são as matérias suscitadas pela intensificação do comércio internacional, demandando uma crescente especialização dos profissionais que atuam nessa área. Enquanto instituição formadora do conhecimento, a Universidade estuda e explica a fenomenologia da globalização, sendo importante o seu papel na consolidação da nova mentalidade e dos novos procedimentos adotados, auxiliando a comunidade a compreender e a amoldar-se à realidade que se nos impõe, seja através da formação de profissionais, seja pela promoção de debates, seminários e colóquios. Este artigo para publicação, objetiva tecer algumas considerações acerca do *dumping*, estabelecendo seu conceito e natureza jurídica, tratando, por um lado, dos aspectos normativos internacionais, hoje sob as bases da Organização Mundial do Comércio - OMC, e por outro, das normas internas, que através de leis e decretos acomodam os acordos internacionais na legislação pátria. O *dumping* foi definido como prática desleal de comércio internacional pelo acordo do GATT em 1947 e, hoje, pelo Código *Antidumping* da OMC, tem seus efeitos minimizados. Contudo, a complexidade técnica que reveste suas matérias tem inibido as incursões dos doutrinadores pátrios que, até a presente data, pouco abordaram a temática, deixando firmar-se a falsa compreensão de tratar-se de algo distante e estranho à realidade brasileira. Deste modo, o presente trabalho pretende despertar a atenção dos juristas e demais estudiosos acerca das matérias do *dumping*, o qual somente veio a adquirir maior importância face à globalização da economia brasileira e à integração das empresas nacionais ao mercado mundial. Precisamos, pois, ficar atentos a essas novas realidades que a globalização nos traz para que não fiquemos à ribalta dos acontecimentos.

¹ Bacharéis em Direito.

II - BREVE HISTÓRICO DO GATT À OMC

A regulamentação do comércio internacional por um tratado multilateral fez-se necessária após a II Guerra Mundial. Planejava-se criar, juntamente com o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, a Organização Internacional do Comércio – OIC. Esta, entretanto, não logrou o êxito almejado, sendo os assuntos relativos ao comércio exterior tratados no âmbito do "Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio", também conhecido por GATT, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. A sigla GATT consiste na abreviação da expressão inglesa "*General Agreement on Tariffs and Trade*" (Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio) utilizada para designar a organização internacional concebida em 1947 e que, até 1995, quando da criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, conduziu uma série de acordos multilaterais destinados a reduzir os obstáculos ao intercâmbio internacional e fomentar relações comerciais mutuamente vantajosas a todos os seus membros(2). Observando-se as circunstâncias de sua criação, percebe-se que, inicialmente, o GATT seria apenas uma parte das regras a respeito do comércio internacional, criado pela Carta de Havana como primeiro passo viabilizador da OIC. Entretanto, como a OIC não se tornou realidade, o GATT perdurou no tempo para suprir-lhe as vezes, entrando em vigor através do "Protocolo de Aplicação Provisória", em meados de 1948, com 23 países subscritores. Esses organismos internacionais estão, hoje, encarregados de promover o desenvolvimento econômico e social dos países pobres e, ao mesmo tempo, garantir que o livre comércio não seja restringido na busca desse desiderato. Os acordos promovidos pelo GATT, e após 1995 pela OMC, objetivam precipuamente disciplinar as práticas comerciais internacionais de molde a evitar o nefando recrudescimento do protecionismo. O processo de liberalização comercial resulta, certamente, em maiores oportunidades de crescimento econômico, em virtude da maior competitividade alcançada por significativa parcela dos meios de produção. Em contrapartida, a existência de um sistema de defesa comercial eficaz, ágil e transparente é condição "*sine qua non*" para a manutenção de uma economia aberta, pois evita que os produtores domésticos afetados pela concorrência desleal de alguns produtos importados pressionem por medidas de proteção incompatíveis com as regras da OMC. Além disso, um sistema assim constituído garante a sustentabilidade das medidas adotadas, viabilizando a defesa daqueles que estejam efetivamente sendo prejudicados por importações objeto de prática desleais, tais como o *dumping*, ou beneficiadas por subsídios.

III - ASPECTOS JURÍDICOS DO DUMPING

O Direito, enquanto norma, visa a disciplinar uma situação fática já existente e a estabelecer os parâmetros dentro dos quais certas atividades podem ser licitamente exercidas. Aplicando-se tal sorte de idéias à temática ora abordada, fácil é concluir que o sistema *antidumping* surgiu no intuito de coibir uma prática internacional classificada como desleal e perniciososa, bem como impedir que os Estados isoladamente recorram àquilo que, quando praticado entre indivíduos, designa-se justiça privada ou autotutela. O Comércio Internacional é extremamente complexo e suas relações são objeto de acordos gerais, como são exemplos os Acordos do GATT e o de Marrakesh de 1994, que objetivam estabelecer normas gerais garantidoras de um sistema de trocas mais justo e vantajoso para todos os Estados-Partes. Neste contexto, o *dumping* caracteriza a perversão de toda a principiologia iniciada pelo GATT e continuada pela OMC. O *dumping* implica a exportação de uma mercadoria para outro país por um preço abaixo do "**valor normal**", entendendo-se como tal um preço inferior ao custo de produção do bem ou então inferior àquele praticado internamente no país exportador. Esta situação gera inúmeras distorções na economia do país importador, podendo levar à ruína empresas já ali instaladas ou impedir que outras mais estabeleçam firmas em seu território. À evidência, em se perpetuando tal sorte de acontecimentos, o padrão de vida das pessoas que habitam o país lesado será abruptamente reduzido, seja em função da extinção de empresas e postos de trabalho, seja em virtude da artificial redução dos preços das mercadorias. Conhecedor dessa realidade e tendo em vista impedir o recrudescimento protecionista das legislações aduaneiras dos países, o GATT regulamentou o *dumping*. Registre-se, todavia, que tal atitude, incentivada pelas principais nações integrantes do Comércio Internacional, não fora motivada pelo altruístico sentimento de se evitar o "*laissez faire, laissez passer*" na seara internacional e todas as danosas conseqüências advindas de sua prática. Ao contrário, a disciplina do *dumping* pelo artigo VI do GATT 1947 tem por escopo evitar que medidas *antidumping* sejam adotadas de forma tão discricionária que findem por inviabilizar o livre comércio entre as nações. Ao contrário do que em primeira análise pode inferir-se, o fenômeno do *dumping* é bastante antigo, sendo deveras difícil estabelecer-se quando a questão surgiu originariamente. Parece mesmo ser o *dumping* inerente à própria competição, havendo relatos de sua prática por produtores americanos já nas últimas décadas do século XIX. A primeira lei de repressão ao *dumping* é, contudo, oriunda do Canadá, e data

de 1904, resultante da preocupação daquele país com a ação de grandes companhias, cuja atuação revelava-se ruínosa para suas indústrias.

Alguns economistas, contudo, defendem a tese de que medidas *antidumping* nada mais são do que uma retórica do protecionismo contemporâneo, capaz de proteger indústrias ineficientes face a competição exterior. Entendemos, no entanto, ser o liberalismo econômico perfeitamente compatível aos mecanismos disciplinadores de seu exercício, uma vez que, consoante acentua Guillermo Borda, "o homem moderno já não mais aceita o dogma no sentido de que seja justo tudo que seja livre".

IV - CONCEITO DE DUMPING

Dumping é uma palavra de origem inglesa que não tem encontrado tradução nas línguas latinas, sendo incorporada, em sua grafia original, ao vocabulário de inúmeros idiomas, dentre os quais o português. O *Black's Law Dictionary* define *dumping* como "o ato de vender grandes quantidades a um preço muito abaixo ou praticamente sem considerar o preço; também, vender mercadorias no exterior por menos que o preço do mercado doméstico".

A promulgação no Brasil do Decreto n.º 93.941, de 16 de janeiro de 1987, e a regulamentação, através do Decreto n.º 1.602, de 23 de agosto de 1995, das normas que disciplinam internamente as matérias do "Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio – GATT", estabelecendo os procedimentos administrativos concernentes à aplicação das medidas *antidumping*, tornam oportuno o estudo de tais matérias, facilitando sua definição e análise, auxiliando os juristas brasileiros em seu manuseio. Em seu último relatório, o Departamento de Defesa Comercial - DECOM da SECEX, vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo, noticiou que o Brasil estava sendo alvo de cinquenta e seis (56) investigações de *dumping* contra suas exportações (situação em 31/12/97). Entretanto, na última década (1988/1998), as empresas brasileiras haviam postulado a abertura de apenas sessenta e três (63) processos de investigação por práticas comerciais desleais, cinquenta e cinco (55) das quais concernentes a *dumping*. Esses acontecimentos têm-se tornado freqüentes, na medida em que o Brasil intensifica sua atuação no comércio exterior. A abertura comercial e o conseqüente aumento da concorrência internacional tornam imprescindíveis a existência de um eficiente sistema de defesa comercial, capaz de eliminar as mais diversas formas através das quais as práticas comerciais perniciosas revelam-se. O Brasil, contudo, há-se mostrado reticente na aplicação de medidas *antidumping* contra exportadores estrangeiros, o que tem gerado insatisfação no seio do empresariado nacional e o acúmulo de crescentes prejuízos para nossa economia. O estudo do *dumping*, desta forma, proporciona a melhor compreensão dos problemas jurídicos enfrentados pelos exportadores, pelos produtores domésticos e pelas próprias partes signatárias na aplicação das normas do GATT, de molde a mais efetivamente lhes assegurar o gozo da tutela que o sistema jurídico nacional, nos limites dos acordos internacionais, proporciona. Aliás, no cenário internacional, a disciplina do *dumping* revelou-se uma necessidade premente, porque objetivava justamente estabelecer os critérios dentro dos quais o mesmo poderia ser reprimido, evitando-se, deste modo, que medidas protecionistas fossem adotadas sob o falacioso argumento de estar-se apenas a retorquir práticas comerciais desleais. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão integrante do Ministério da Justiça, já definiu *dumping* como a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens e serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado (eventualmente abaixo do custo), provocando oscilações em detrimento do concorrente e subseqüente elevação no exercício de especulação abusiva. Desta feita, o *dumping* representa uma prática perniciosa ao comércio normal, não se restringindo meramente à venda de produtos abaixo do preço de custo. Consoante caracterização de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, faz-se mister a existência de dois elementos para configurá-lo, quais sejam: a redução de preços, seguida de elevação com vistas ao exercício de especulação abusiva; e o intuito de eliminar a concorrência e criar monopólios.

Richard D. Boltruck define *dumping* como "a venda de um produto importado abaixo de seu valor normal. Em virtude desta prática ser considerada injusta, o GATT permite que suas partes contratantes imponham medidas *antidumping*, nunca superiores à margem total de *dumping*". Por seu turno, John H. Jackson afirma que o conceito central de *dumping* como descrito no GATT e em outros lugares é geralmente expressado como venda de produtos para exportação a preço menor que o valor normal, onde valor normal significa, aproximadamente, o preço pelo qual aqueles mesmos produtos são vendidos no mercado interno ou exportador. E continua esclarecendo que a margem de *dumping* é igual à diferença entre o preço de venda no mercado interno e o preço de exportação; sendo tal margem positiva, está-se diante de um caso de *dumping* conforme o definido no

comércio internacional (*apud* Rodrigues, 1999, p. 168). O *dumping* enquanto prática comercial desleal, caracteriza-se pela venda de um produto abaixo de seu valor normal, ou, nos termos do Decreto n.º 1.602, de 23 de agosto de 1995:

"Art. 4º- Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob a modalidade de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal.

Art. 5º- Considera-se valor normal o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador."

A problemática sobre o que venham a ser "valor normal", "produto similar", "mercado doméstico" e outros conceitos necessários a um perfeito delineamento deste instituto, ainda perdura, nada obstante o advento do Código *Antidumping*, que tentou trazer em seu bojo a definição de muitos deles. Enquanto prática comercial ilícita, o *dumping*, assim como todas as demais condutas desviantes, também é passível de punição, dando ensejo sua prática à adoção de medidas *antidumping* por parte do país lesado. Entretanto, "a prática do *dumping*, por si só, não pode ser suficiente para a imposição dos direitos *antidumping*, ainda que possa resultar algum prejuízo para a indústria nacional; é preciso que tal prática seja implementada por atos concretos e que tenha como resultado a eliminação ou restrição à concorrência, à dominação do mercado ou ao aumento arbitrário dos lucros". Hoje, é aceita a existência de dois tipos de *dumping*, a saber: o condenável ou predatório, que causa ou ameaça causar dano relevante a uma indústria doméstica, e o não-condenável ou episódico, não gerador da especificada consequência. Em determinadas circunstâncias, a venda de um produto em um país por um preço inferior àquele praticado no país exportador ou ao seu custo de produção, não enseja ou ameaça ensejar dano às indústrias da nação importadora, isto porque o volume ou a periodicidade das exportações com a prática de *dumping* não são suficientemente significativas. Constata-se, destarte, que nem sempre o *dumping* é passível de punição nos termos do GATT, sendo reprovável apenas quando ele causa dano a uma indústria estabelecida no território de uma das partes contratantes ou retarda o estabelecimento da indústria local, sendo prejudicial por: **1) eliminar ou ao menos reduzir a concorrência, seja local, seja de outras empresas internacionais; e 2) criar obstáculos ao surgimento de novas empresas, devendo, por esta razão, ser prontamente combatido.** O *dumping* predatório consiste, assim, numa estratégia de monopolização de mercados, na medida em que a empresa exportadora deprime os preços internacionais de um bem com o objetivo precípuo de eliminar seus produtores-concorrentes já instalados no país importador. Isto posto, enquanto os produtores-concorrentes não forem eliminados, os preços de venda na exportação persistirão, mas no momento em que essa competição injusta eliminar a concorrência, a empresa passará a elevar os preços com os quais vinha exportando.

V - NATUREZA JURÍDICA DAS MEDIDAS ANTIDUMPING

A natureza jurídica das medidas *antidumping* tem suscitado inúmeras divergências doutrinárias, sendo a matéria, hoje, considerada sob três pontos de vista, a saber: as que lhe atribuem a natureza de tributo; as que as definem como uma típica sanção decorrente da prática de um ato ilícito; e as que lhe atribuem natureza de norma de acesso ao mercado interno de um dado país. No plano internacional essa discussão está superada, uma vez que os acordos que versam sobre *dumping* claramente referem-se às suas medidas punitivas como "*antidumping duties*", expressão que, traduzida literalmente, implica a idéia de tarifa ou imposto, o que demonstra a sua incontestável natureza tributária. José Roberto Pernomian Rodrigues (RODRIGUES, 1999, p. 241), em sua tese de doutorado, defende que histórica e normativamente as medidas *antidumping* possuem natureza de tributo, porém, no Brasil, o Código Tributário Nacional não nos permite assimilar tal compreensão, uma vez que dispõe em seu art. 3º ser tributo "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, **que não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada". Facilmente depreendemos que as medidas *antidumping* não podem ser classificadas como tributos na medida em que estes não podem ter como fato gerador um ato ilícito. O *dumping*, como dito alhures, consiste numa prática comercial desleal, assim caracterizada tanto em âmbito interno, quanto internacional. Os diversos decretos e leis que internamente disciplinam o *dumping* não deixam pairar dúvidas sobre a natureza ilícita de sua prática. O *dumping* punível, ou seja, aquele que causa ou ameaça causar dano a indústria doméstica ou retarda o estabelecimento de uma empresa na economia interna, tem sempre por objetivo a dominação de mercados, sendo o "dolo" a característica ensejadora de sua reprovabilidade. Enquanto que o tributo tem por finalidade precípua arrecadar recursos para os cofres públicos no intuito de implementar políticas públicas e satisfazer as necessidades da população, a aplicação de medidas *antidumping* é determinada por outra sorte de fatores, qual seja o de reprimir uma prática cuja permanência pode trazer sérios prejuízos ao parque industrial nacional e, por

consequente, aos que dele retiram seu sustento. Se tivermos em mente a ilicitude da prática do *dumping*, ser-nos-á fácil enfrentar a natureza jurídica das medidas *antidumping*. O acordo originário instituidor do GATT fez alusão ao *dumping* em seu artigo VI, porém, haja vista a complexidade do tema, este mesmo artigo foi objeto de posterior acordo multilateral, denominado de "Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT", também conhecido por Código *Antidumping*, que veio lançar luzes no meio de tantas controvérsias que inquietavam a Comunidade Internacional. Nos termos deste Código, o *dumping* é assim discriminado:

"Art. 2. Determinação de Dumping

§1º Para os fins deste Acordo, um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exportador."

Hoje é pacífico o entendimento do *dumping* como uma prática ilícita. No Brasil, contudo, em virtude da noção de tributo defluir de definição legal, as medidas *antidumping* não podem ser enquadradas como tal, uma vez que a nossa legislação exclui expressamente do âmbito tributário as prestações pecuniárias compulsórias que constituam sanção por ato ilícito, de que é exemplo o direito *antidumping*. Se as medidas *antidumping* não podem ser caracterizadas como tributos, teriam elas natureza de sanção? Mais uma vez temos de opinar pela negativa. A própria noção de sanção nos é bastante elucidativa e não nos permite chegar a essa conclusão. Com efeito, sanção é uma medida coercitiva prevista pelo ordenamento jurídico e tem como premissa maior para sua aplicação a existência de uma conduta considerada indevida e reprovável. No intuito de coibi-la, o ordenamento jurídico institui punições, sanções de ordem civil, penal ou administrativa que objetivam a cessação da conduta desviante.

O próprio Miguel Reale, ao discorrer sobre o tema, já ilustrava que "sanção é toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório" (REALE, 1994, p. 260). Com o *dumping*, entretanto, isto não ocorre, uma vez que a aplicação de medidas *antidumping* permite, diferentemente do que se dá com a sanção, que o produto continue a ser exportado, desde que seja paga a sobretaxa de importação determinada pelas autoridades locais do país supostamente lesado. Além do mais, a facultatividade na aplicação dos direitos *antidumping* elide qualquer possibilidade de se configurá-los como sanção, uma vez que esta, observada a ocorrência da conduta ilícita, é aplicada sem qualquer juízo discricionário. A tese de doutoramento de Aquiles Augusto Varanda foi a primeira no país a versar sobre *dumping* e afirma que "o direito *antidumping*, sem dúvida, é sanção, ou seja, medida tendente a assegurar a execução de regra de direito, especificamente da regra de direito que torna condenável o *dumping* que causa dano ou que ameaça causar dano a um ramo de produção nacional. Quando o exportador deixa de observar a regra que veda a prática do *dumping* condenável, surge a coação ou sanção física na forma do direito *antidumping*, que é sanção que se concretiza pelo recurso à força que lhe empresta um órgão, nos limites e de conformidade com os fins do Direito" (VARANDA, 1987, p. 142). Contudo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior rebate tal pensamento afirmando: "É evidente que ao ato ilícito não pode corresponder a aplicação de uma sanção facultativa, o que desde logo afasta a possibilidade de se caracterizar os direitos *antidumping* e compensatórios como sanções por atos ilícitos, já que se está diante de atuação discricionária do Poder Público" (FERRAZ JÚNIOR *et al.*, 1994, p. 94). Acreditamos que a caracterização das medidas *antidumping* como sanção não procede, seja pela discricionariedade de sua aplicação, seja porque sua finalidade precípua não é punir ou impedir que as importações se realizem, mas sim que o dano à indústria doméstica seja elidido. Neste norte, afirmam J.F. Beseler e a N. Williams que: "medidas *antidumping* e compensatórias visam mais a remover o dano sofrido pela indústria doméstica do que a arrecadar divisas ou penalizar exportadores por sua prática de preços no passado" (*apud* FERRAZ JÚNIOR *et al.*, 1994, p. 94). Outrossim, somos da opinião que, diante da impossibilidade de caracterizar as medidas *antidumping* como tributo ou sanção, há de se tomá-las como **norma de acesso ao mercado interno**, as quais deverão ser obedecidas como pressuposto ao ingresso de determinada mercadoria no país importador. Ressalte-se, contudo, que este pensamento aplica-se quase que exclusivamente ao Brasil, uma vez que os demais países subscritores dos acordos do GATT não encontraram qualquer empecilho em suas legislações internas que impossibilitasse a tradução literal de "*duty*" como "obrigação de natureza tarifária". Finalmente, a imposição de direitos *antidumping* não constitui tributo ou pena imposta ao importador, tratando-se, sim, de uma imposição para-tarifária de direito econômico internacional, fruto do direito convencional que, ao ser regulamentada pelo direito interno, entrou em conflito com a mesma compreensão da matéria no direito tributário brasileiro. Todavia, a imposição de direitos *antidumping* visa a restabelecer o equilíbrio de competitividade rompido pelas práticas desleais de comércio.

VI - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, ao ingressar no processo de globalização, não dominava os conhecimentos teóricos e práticos necessários à sua inserção no processo. O direito brasileiro, o qual foi adotado numa perspectiva nacionalista objetivando proteger a indústria nacional, não dispunha da abertura necessária para ingressar num modelo internacionalizado, norteado pelo princípio da interdependência e instrumentalizado com os mecanismos jurídicos de adoção do direito convencional. O direito, enquanto ciência social que é, não deixou de sentir seus reflexos, os quais trouxeram em seu bojo uma série de novas realidades com as quais não estávamos habituados a lidar, mas cujo estudo agora torna-se imperativo para melhor conhecermos as suas variadas implicações. Outrossim, o *dumping* encontra-se na encruzilhada dos efeitos positivos e negativos da globalização e requer o amadurecimento das reflexões teóricas e práticas dos estudiosos brasileiros. Podemos concluir destacando o relevante papel da Universidade na compreensão das questões estruturais da inserção internacional, desenvolvendo pesquisas e debates, e fornecendo os subsídios necessários ao estudo desse fenômeno de tão vasta magnitude que é a globalização.

BIBLIOGRAFIA

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*. Informação e documentação: referências - elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.
- BAUMANN, Renato (Org.). O Brasil e a economia global. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- BOLTUCK, Richard D. An economic analysis of dumping. *Journal of World Trade Law*, Twickenham, v.21, n.º.5, p.45-54, out. 1987
- BRASIL. Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo. Secretaria de Comércio Exterior. Departamento de Defesa Comercial. Relatório DECOM: medidas de defesa comercial, antidumping, compensatórias e salvaguardas. Ano I, n.º 1, 1º semestre de 1998, 29 p.
- DEL CHIARO, José *et al.* Fundamentos e objetivos da legislação antidumping. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, n.º.25, p.61-70, jan./jul. 1997.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio *et al.* Direitos anti-dumping e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.33, n.96, p.87-96, out./dez. 1994.
- GUEDES, Josefina Maria M. M.; PINHEIRO, Sílvia M. *Antidumping, subsídios e medidas compensatórias*. 2ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 1996. 284 p.
- IANNI, Octavio. A sociedade global. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- JOHANNPETER, Guilherme. *Antidumping: prática desleal no comércio internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. 130 p.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O "dumping" como forma de abuso do poder econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.32, n.91, p.5-15, jul./set. 1993.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. vol. I. 10 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 1997.
- OLIVEIRA, Rosenite Alves de. O sistema jurídico-administrativo de comércio exterior brasileiro sob a ótica da intervenção estatal. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1979. 281 p.
- PALMETER, David. A commentary on the WTO Antidumping Code. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Geneva, v.30, n.4, p.43-69, aug. 1996.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RICARDO, David (Tradução. Paulo H. Ribeiro Sandroni). *Princípios de economia política e tributação*. Coleção *Os Economistas*. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. O dumping como forma de expressão do abuso do poder econômico: caracterização e conseqüências. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, 284 p.
- Os efeitos do dumping sobre a competição. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p. 29-43, jan./mar. 1996.
- SMITH, Adam (Trad. Luiz João Baraúna). A riqueza das nações. vol. II. Coleção *Os Economistas*. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- TAVOLARO, Agostinho Toffoli. A natureza jurídica dos direitos antidumping. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, v.5, n.18, p.238-49, jan./mar. 1997.
- VARANDA, Aquiles Augusto. A disciplina do dumping do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: tipificação de um delito num Tratado internacional? Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1987, 190 p.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.