

**ÍNDICE
PARTE I**

EDITORIAL	2
ARGENTINA:	LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA	
	<i>Por: Julián Peña</i>3
BRASIL:	COMPETITION LAW IN MERCOSUR: RECENT DEVELOPMENTS	
	<i>Por: Maria Cecília Andrade</i>11
	INCUMBENTS, NEW ENTRANTS, UNBUNDLING AND COMPETITION: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE	
	<i>By: Cyntia Souza de Menezes</i>15
COLOMBIA:	COMPETENCIA DESLEAL Y SIGNOS DISTINTIVOS	
	<i>Por: Mauricio Velandia</i>33
EGYPT:	COMPETITION LAW AND COMPETITION POLICY: WHAT DOES EGYPT REALLY NEED?	
	<i>By: Ahmed Farouk Ghoneim</i>46
MÉXICO:	PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA CFC, EN OCASIÓN DE LA CONFERENCIA DEL ICN	
	<i>Por: Fernando Sanchez Ugarte</i>59
URUGUAY:	ABUSO DE POSICION DOMINANTE	
	<i>Por: Teresita Dutrenit Montaña</i>62
VENEZUELA:	CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES UTILIZADOS EN LAS DECISIONES DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA VENEZOLANA	
	<i>Por: Zulmari J. Artigas y M^a Antonieta Magaldi</i>74
	UNA NUEVA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LOS CARTELES DE PRECIOS	
	<i>Por: Ignacio De León</i>82
	ESTUDIO POLITICA DE COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMOPOLIO EN JAPÓN: ESTUDIO COMPARATIVO	
	<i>Por: María Antonieta Magaldi</i>107
	VÉASE PARTE II	
SWITZERLAND:	THE REVISED SWISS ACT ON CARTELS AND SWITZERLAND'S INVOLVEMENT IN THE ICN	
	<i>By: Patrick Krauskopf and Sabrina Carron</i>120
UNIÓN EUROPEA:	THE EU REGULATION OF LIBERAL PROFESSIONS: TOWARDS A SINGLE MARKET?	
	<i>By: Gonçalo Leitão</i>131
	UMA NOVA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL	
	<i>Por: Eduardo R. Lopes Rodrigues</i>135
	DEL ESPEJISMO INTERNACIONAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A LA REALIDAD COTIDIANA	
	<i>Por: Juan Antonio Rivière</i>150
INFORMACIONES Y PUBLICACIONES	154

EDITORIAL

Apreciados amigos del Boletín,

Deseo agradecer las variadas contribuciones de todos los autores en este número del Boletín . Quiero resaltar la fuerza con la que el pensamiento sobre la Defensa de la Competencia se afianza e internacionaliza en América Latina. Pero esta situación también avanza en otras partes del Mundo y por eso hemos considerado útil abrirse a otros países como Suiza o Egipto con el fin de conocer sus experiencias y proyectos.

Existen en la actualidad en América Latina múltiples iniciativas de carácter privado a favor de la Competencia que se desarrollan en sintonía con las actividades de las agencias de competencia de la región. La pionera de estas iniciativas proviene de Brasil es el IBRAC- Instituto brasileño de relaciones de competencia y consumo con diez años de actividad. Hace dos años hemos visto aparecer en Argentina el FOROCOMPETENCIA que permite intercambiar opiniones entre expertos sobre estos temas a través en Internet. Más recientemente ha sido creada en Perú una página en Internet llamada CIUDADANOS AL DIA y por parte de las agencias de competencia latinoamericanas junto con las españolas y portuguesa se ha creado el FORO IBEROAMERICANO para intercambiar experiencias y hacer reuniones anuales conjuntas de formación de funcionarios. El pasado mes de abril hubo la primera reunión del FORO LATINOAMERICANO auspiciado en París por la OCDE y el BID donde se proponía pasar periódicamente a examen el funcionamiento de las agencias de competencia latinoamericanas. El BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA se inscribe también desde 1996 en este conjunto de iniciativas.

Ha llegado el momento en que estas iniciativas de la sociedad civil latinoamericana y las agencias de competencia tienen que plantearse la coordinación de sus actividades latinoamericanas a favor de una mayor consolidación del conocimiento de la disciplina de competencia. Tenemos en nuestras manos los actores y miembros de lo que podría denominarse la RED LATINOAMERICANA DE COMPETENCIA donde se estudia y sigue el proceso específico y la adecuación de esta disciplina en gran parte del continente. Se trata de una evolución lógica que se inscribe en la tendencia de la evolución internacional y mundial por lo que no es incompatible con otras actividades. Solo falta poner en marcha la coordinación mediante la constitución virtual de la RED y la invitación a los interesados a continuar sus actividades en una primera reunión fundacional.

Atentamente

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

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA

Por: Julián Peña
e-mail: jpenia@mecon.gov.ar

1. Introducción. 2. Antecedentes históricos. 3. El régimen de la Ley N° 25.156. a) Confirmación del principio de la “regla de la razón”. b) Introducción de la “teoría de los efectos”. c) Creación de un Tribunal autárquico. d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas. 4. Situación actual. 5. Conclusiones.

1. Introducción.

La defensa de la competencia en la Argentina, si bien ha tomado un mayor auge en los últimos años, tiene una historia de varias décadas, cuando se sancionó la primera ley antimonopólica en el país.

A lo largo de este tiempo, diversos han sido los marcos legales y, principalmente, los contextos políticos y económicos que ha atravesado el país.

No obstante, a pesar de los avatares coyunturales, se ha ido forjando un régimen de defensa de la competencia que ha ido desarrollando una vasta jurisprudencia tanto en el tema del análisis de las conductas de los mercados como en el análisis preventivo de las estructuras de mercados a través del régimen de control previo de concentraciones económicas.

2. Antecedentes históricos.

Desde 1923 la Argentina cuenta con legislación en materia antimonopólica. La primera norma antimonopólica fue la Ley N° 11.210 de Represión de los Monopolios¹, una ley de carácter eminentemente represivo que, dada su falta de precisión en la tipificación, resultó ser casi inaplicable.

Fue modificada en 1946 por la Ley N° 12.906², la cual introdujo ciertas mejoras³ que la tornaron más precisa. No obstante, la misma fue aplicada en aproximadamente 100 casos en los 34 años de vigencia, sin registrar dictámenes de relevancia.

En 1980, con la sanción de la Ley N° 22.262⁴ de Defensa de la Competencia, se produce un cambio sustancial con respecto a sus antecesoras. En primer lugar, se amplía el espectro de las conductas estudiadas, dejando de ser una ley antimonopólica para garantizar también el acceso a los mercados, al incluir en su artículo los actos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia.

La ley adoptó el sistema de la “regla de la razón”, por la cual no se penalizan las conductas “per se” sino que en cada caso se debe probar la existencia de un perjuicio al interés económico general. La ley también introduce conductas europeas, tales como el abuso de la posición dominante.

Por medio de la Ley N° 22.262 también se creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, en el ámbito de la Secretaría de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Economía, instituyendo por primera vez un órgano específico de aplicación de la ley.

En la Asamblea Constituyente de 1994 se elevó la defensa de la competencia a un nivel constitucional al establecerse en el artículo 42 de la Constitución Nacional que “las autoridades proveerán a (...) la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados (...)” Asimismo, en su artículo 43 sostiene que “toda persona puede interponer acción expedita rápida de amparo (...) en lo relativo a los derechos que protegen (...) a la competencia” cuando un “acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o

¹ ADLA, 1920-1940, 110.

² ADLA VII, 21.

³ Ver O’FARRELL, Jorge y VERA VILLALOBOS, Enrique - “El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia” en La Ley 1986-A, pg. 1097.

⁴ ADLA XL-C, 2521.

inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley".

En 1996 se producen dos innovaciones institucionales con la que se le da un impulso político a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

En primer lugar, con la segunda reforma del Estado instaurada por el Decreto N° 660/96⁵ se transforma en organismo desconcentrado de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía, a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, "la que asumirá las facultades vinculadas con la aplicación de la Ley N° 22.262, teniendo como objetivo asegurar el correcto funcionamiento de los mercados garantizando la libre competencia, investigando, previniendo y aconsejando la sanción respecto a actos o conductas relacionadas con la producción e intercambio de bienes y servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de posición dominante en los mercados".

Asimismo, se determinó la designación de un funcionario, con rango de Subsecretario, para el ejercicio de la Presidencia de la misma, con funciones "ad hoc", representando un verdadero cambio en el organismo, puesto que la Ley N° 22.262 establecía que el presidente sería uno de los Subsecretarios de la Secretaría de Comercio de entonces. Debe destacarse que la presidencia de la Comisión siempre la ejercieron -hasta antes del Decreto N° 660/96- los Subsecretarios de Comercio Interior.

Ese mismo año se nombró al primer Presidente de la Comisión con dedicación plena en la materia. También se resolvió fortalecer institucionalmente al organismo, otorgándole un presupuesto superior y reforzando el equipo de profesionales.

A raíz de este cambio institucional, la aplicación de la defensa de la competencia tuvo un crecimiento significativo. El nivel de dictámenes aumentó considerablemente como así también el nivel de los casos en estudio. A partir del año 1997, la Comisión también comenzó a publicar una serie de estudios y pautas.

Mientras tanto, en el Congreso, seguían surgiendo distintos proyectos de reforma a la ley, contemplando entre otros cambios, la introducción de un régimen de control previo de las operaciones de concentración económica que implicaran una toma de control.

3. El régimen de la Ley N° 25.156.

Si bien existieron algunos casos de mayor repercusión, tales como el caso Ambito Financiero/Clarín⁶, es recién en 1999 cuando el tema de defensa de la competencia comienza a tener impacto en la opinión pública.

El detonante para que se sancione la nueva ley fue la venta por parte del Estado Nacional de las acciones de YPF a Repsol. Esta operación tuvo un impacto social muy importante debido a que la empresa petrolera era superavitaria, y por otro lado, por el hecho que Repsol ya tenía el control de la empresa petrolera Eg3 en la Argentina, con lo cual el nivel de concentración de mercado se elevaba sustancialmente.

El 25 de agosto de 1999 el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 25.156⁷ de Defensa de la Competencia, modificando el antiguo régimen de la Ley N° 22.262 e introdujeron cambios significativos en la política de defensa de la competencia argentina.

Las principales características del régimen de la Ley N° 25.156 son:

a) Confirmación del principio de la regla de la razón.

El artículo 1° de la Ley N° 25.156, en su primer párrafo dice que "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma

⁵ Decreto N° 660 del 24 de junio de 1996, publicado en el Boletín Oficial el 27 de junio de 1996.

⁶ AMFIN c/Arte Gráfico Editorial S.A. (AGEA) s/ Ley N° 22.262" por discriminación de precios y obstaculización del acceso al mercado. Dictamen CNDC N° 286 del 18 de marzo de 1998, aprobado por Resolución SICyM N° 336 del 20 de mayo de 1998.

⁷ Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia, promulgada con observaciones parciales a través del Decreto N° 1019 del 16 de septiembre de 1999, y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial. Esta ley fue modificada por medio del Decreto N° 396 del 1 de abril de 2001, publicado en el Boletín Oficial del 5 de abril de 2001.

manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan 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, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general."

La principal modificación con respecto a la redacción que tenía la derogada Ley N° 22.262 es la introducción de las palabras "por objeto o" antes de la palabra efecto, ampliando de esta forma el espectro de conductas alcanzadas.

El objetivo de la Ley N° 25.156, tal como lo expresa su artículo 1°, es el mismo que el de la ley anterior: preservar el interés económico general de conductas anticompetitivas (restringir la competencia en un mercado o abusar de una posición dominante). La ley no penaliza prácticas anticompetitivas *per se* ya que debe haber un daño o un peligro real para la comunidad. En consecuencia, la ley continúa con la aplicación de la "regla de la razón", que requiere la demostración de efectos económicos negativos que afecten a la comunidad.

b) Introducción de la "teoría de los efectos".

El nuevo régimen amplía, en su artículo 3°, el ámbito geográfico de aplicación de la ley al disponer que quedan sometidas a sus disposiciones "todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro que realicen actividades fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional".

Si bien en sentido estricto bajo la derogada Ley N° 22.262 podía interpretarse, en virtud de la aplicación supletoria del Código Penal, que la misma era aplicable extraterritorialmente⁸, esta nueva ley introduce la denominada "teoría de los efectos", al regular actividades económicas que, a pesar de ser realizadas en el exterior, tienen efectos en la Argentina.

Lo dispuesto en el artículo 3 de la ley rige tanto para las conductas anticompetitivas prohibidas como para el régimen de control de operaciones de concentración económica, lo que implica que pueden quedar sujetas al mismo ciertas operaciones entre empresas más allá de su lugar de realización, y en la medida que la operación pueda producir efectos en el mercado.

c) Creación de un Tribunal autárquico.

Otra innovación importante introducida por la Ley N° 25.156 es la creación del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como un ente autárquico vinculado al Ministerio de Economía. Este órgano fue creado para reemplazar a la actual Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que depende económica y políticamente del Ministro de Economía y Producción, quien designa a los vocales y propone a su Presidente.

Este nuevo Tribunal estará compuesto por siete jueces designados por el Presidente de la Nación luego de un concurso público de antecedentes realizado ante un jurado integrado por miembros de los tres poderes del Estado y representantes de las Academias Nacionales de Derecho y de Ciencias Económicas. Los miembros del Tribunal durarán en el ejercicio de sus funciones seis años, con una renovación parcial de los mismos cada tres años, y sólo podrán ser removidos previa decisión –por mayoría simple– del mismo jurado que los nombra.

Actualmente, la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y Producción es el órgano de aplicación hasta tanto se constituya el nuevo Tribunal.

d) Establecimiento del control previo de concentraciones económicas.

Con esta nueva ley, se introdujo en la Argentina el sistema de control de concentraciones económicas, adecuando la normativa argentina a las tendencias modernas del derecho de la competencia. Por primera vez, luego de varios años con legislación en la materia, se toma la iniciativa de tomar medidas de índole preventivas, pasando el Estado a actuar con anterioridad a la concreción de concentraciones que pueden producir distorsiones perjudiciales a la libre competencia en el mercado.⁹

⁸ Para un análisis pormenorizado de este tema ver: QUEVEDO, Viviana G. de y PEÑA, Julián, "El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina", *El Derecho* del 19 de marzo de 2002, pg. 1.

⁹ Para un estudio más específico del tema, ver QUEVEDO, María Viviana G. de - "Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas" en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 2000, Depalma, Buenos Aires; RAMOS, Dante Marcelo - "La nueva ley de defensa de la competencia" - *La Ley*, Buenos Aires, 30 de setiembre de 1999; VERGARA DEL

Una de las preocupaciones durante el período de elaboración de la nueva ley de defensa de la competencia en el Congreso fue el determinar si el control de las concentraciones económicas por parte del órgano de aplicación debía realizarse previamente o con posterioridad a las mismas.

La preocupación se justificaba, por un lado, por el peligro que podría significar la imposición de una traba burocrática a las inversiones con un consecuente desvío de corrientes inversoras a otros países y, por el otro, la dificultad que traería aparejada para la aplicación de la ley si el control se realizaba una vez perfeccionada la toma de control.

Más allá de la preocupación de los sectores empresarios por el tema, el Congreso Nacional decidió asimilar la legislación argentina a la vigente en los Estados Unidos y Europa en materia de control de concentraciones. Esto es, optó por actuar en forma preventiva, imponiendo en consecuencia un sistema de control previo de las operaciones de concentración económica, estableciendo asimismo un plazo prudencial para que el órgano de aplicación se expida expresa o tácitamente.

En los fundamentos del proyecto de ley de defensa de la competencia presentado por el Diputado Rodolfo Gabrielli, fuente directa del proyecto que fuera finalmente consensuado en la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados y que se sancionó como Ley N° 25.156, se sostuvo que “el objetivo de las empresas que se proponen realizar una fusión o concentración es aumentar su poder de mercado. Por consiguiente si la operación se realiza, puede producirse una disminución significativa del número de competidores efectivos y un aumento de la capacidad potencial para desarrollar prácticas anticompetitivas. Es así que se prevé la notificación previa para las operaciones que se realicen dentro de los parámetros que especialmente se determinan. El Tribunal tiene la facultad de oponerse o condicionar dichos actos cuando afectan la competencia.”¹⁰

Esto se vio reflejado finalmente en el mecanismo establecido por el Capítulo III de la ley, y en particular por su artículo 8° que establece que los actos indicados en el artículo 6° de esta ley en los que las empresas afectadas tengan un volumen de negocios que superen determinados umbrales, “deberán ser notificadas previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d).”

El artículo 8° continúa diciendo que “los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda”. El artículo 13 se refiere a la posibilidad del Tribunal de expedirse en un plazo de 45 días de presentada la solicitud y documentación respectiva, para autorizar, condicionar o bien denegar la operación. La aprobación tácita, vencido el plazo mencionado, está prevista en el artículo 14 de la ley.

La naturaleza preventiva del régimen de control de concentraciones económicas fue ratificada por el Decreto N° 89/2001 al establecer que el Tribunal deberá establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar “si una operación está sujeta al control previo previsto en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156”. Si bien esta interpretación se podía inferir del texto de la ley, como vimos anteriormente, la misma no lo sostenía expresamente.

Ahora bien, de acuerdo a la interpretación que hizo primero la Res. 788/99¹¹, luego la CNDC a través de opiniones consultivas¹² y por último el Decreto 89 en su artículo 14¹³, con relación al cómputo del plazo del artículo 8° de la ley para notificar:

CARRIL, Angel - “Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones”, *El Derecho*, Buenos Aires, 7 de febrero de 2000 y ROVIRA, Alfredo - “Introducción a la ley de defensa de la competencia”, *El Derecho*, 11 de julio de 2001.

¹⁰ Fundamentos del proyecto de ley sobre defensa de la competencia presentado por los Diputados Rodolfo GABRIELLI y otros, Marzo 1998. Expte. 426-D-98 (TP 5).

¹¹ El 19 de octubre de 1999 el entonces Secretario de Industria, Comercio y Minería firmó la resolución N° 788/99. A través del artículo 1° de esta resolución, se interpretó que los conceptos involucrados y las fechas definitivas en los distintos supuestos del artículo 6° de la Ley N° 25.156 a partir de la cual deberá considerarse que empieza a correr el plazo de una semana establecido por el artículo 8° de la misma ley, eran las siguientes:

- a) Las operaciones de concentración se deben notificar una vez que quedaren perfeccionadas.
- b) Por perfeccionadas se entiende, por ejemplo en el caso de transferencia de acciones, una vez que estén registradas a nombre del comprador.
- c) Las operaciones se pueden finalizar desde el punto de vista jurídico pero no producirán "efectos" hasta la aprobación por parte del Tribunal, alterando completamente el sistema creado por el Código de Comercio al crear el Registro Público de Comercio.
- d) Si el Tribunal decidiera denegar la operación, se debería volver a reinscribir las acciones a nombre del vendedor, sin preverse que ocurriría con los efectos que la concentración transitoria tendría en el mercado relevante.
- e) Al notificarse una operación una vez perfeccionada, tornaría imposible aplicar por parte del Tribunal condiciones suspensivas.

En consecuencia, si bien se sostiene que el sistema es previo, con la interpretación que se ha hecho con posterioridad se podría concluir que se lo ha transformado en un régimen ex post.

Cabe aclarar, asimismo, que no todas las concentraciones económicas están sujetas al régimen de control previsto por la Ley N° 25.156.

A fin de determinar cuales son las operaciones que deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (y en un futuro al Tribunal) la ley, en su versión modificada, establece una serie de condiciones:

- a) Que se trate de una toma de control de una o varias empresas (art. 6) - A tal fin, la ley enumera una serie de actos por las cuales se puede realizar esta toma de control. No obstante, en el inciso d) se deja abierto la posibilidad de la existencia de "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"¹⁴.

-
- a) Conclusión del acuerdo en la fusión de empresas, el momento establecido en el apartado 4) del artículo 83 de la Ley N° 19.550, TO 1984.
- b) Conclusión del acuerdo de transferencia de fondos de comercio, el momento establecido por el artículo 7° de la Ley N° 11.867.
- c) Adquisición de una participación de control o de una influencia sustancial en una sociedad de responsabilidad limitada o en una sociedad anónima o similar, los momentos fijados en los artículos 152 y 215 de la Ley N° 19.550. TO 1984, respectivamente.
- d) La conclusión de los actos o acuerdos que importen la transferencia de activos empresarios a una persona o grupo económico, los momentos de celebración de los contratos de conformidad a las previsiones de los artículos 1140 y 1184, inciso 8° - de corresponder- del Código Civil y de la tradición de la cosa de conformidad a lo establecido por el artículo 1141 del mismo Código.

Esta resolución, a pesar de no haber sido publicada, fue ratificada con posterioridad por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en dos oportunidades a través de las opiniones consultivas 45 y 62, de fechas 26 de mayo y 29 de agosto de 2000. En esta última ocasión, el consultante planteó que, merced a la reglamentación introducida por la resolución, una operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encontraba sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma.

¹² La Comisión entendió que "la interpretación que hace el presentante de la Resolución SICM N°788/99 es correcta, y que las partes pueden llevar a cabo la operación notificada, aún estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberían volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación" (Opinión Consultiva N° 62 del 29/8/2000).

¹³ *El artículo 14 de la reglamentación determina que el plazo de una semana para la notificación obligatoria comenzará a correr:*

1. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apartado 4 del Artículo 83 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984.
2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley N° 11.867.
3. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.
4. En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.

¹⁴ La Comisión ha interpretado asimismo, siguiendo la experiencia europea, que el cambio en la naturaleza del control (conjunto a exclusivo y viceversa) también encuadra en los términos del artículo 6° de la ley.

- b) Que se supere un determinado umbral en el volumen de negocios de las empresas afectadas (art. 8) - Si la suma del volumen de negocio total del conjunto de empresas afectadas supera en el país la suma de \$200.000.000, la operación deberá ser presentada para su examen¹⁵.
- c) Que puedan producir efectos en el mercado nacional (art. 3) - La Comisión interpretó el alcance de los efectos, conforme lo han hecho en Estados Unidos y Europa, esto es, que deben ser directos, previsibles y sustanciales¹⁶.
- d) Que no se encuentren expresamente exceptuadas por la ley (art. 10) - La ley establece cuatro excepciones al régimen general. Estas son: cuando la compradora ya se cuente con más del 50% de las acciones; cuando se compren bonos, debentures, acciones sin derecho a voto o títulos de deuda de empresas; cuando una empresa extranjera sin presencia en la Argentina compre una primera empresa nacional; o bien cuando se adquieran empresas liquidadas (que no hayan registrado actividad en el país en el último año). A partir del Decreto N° 396/2001 se incorporó una nueva excepción por la cual cuando el monto de la operación y el valor de los activos situados en la Argentina que se absorban, adquieran, transfieran o se controlen no superen, cada uno de ellos, respectivamente, los \$20.000.000, salvo que en el plazo de 12 meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de \$60.000.000 en los últimos 36 meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado.

Reunidas todas estas condiciones, y notificada la operación, el órgano contralor determinará si el objeto o efecto de la misma sea o pueda ser disminuir, restringir o distorsionar la competencia, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general (art. 7 de la ley), o sea que no infrinja los principios generales de la ley establecidos en el artículo 1° de la ley.

4. Situación actual.

Con la firma del Decreto N° 89 del 25 de enero de 2001¹⁷ se ha reglamentado la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. De esta forma, se ha dado fin a una primera etapa en la transición hacia la aplicación plena de la nueva ley, y se ha determinado un plazo para que dicho objetivo se concrete con la entrada en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

El mencionado decreto reglamenta varios aspectos de la ley, pudiendo resumírseles en cuestiones vinculadas al control de concentraciones económicas, el establecimiento del Tribunal, las funciones de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor a partir de la creación del Tribunal y, por último, cuestiones procedimentales relacionadas a las causas iniciadas por conductas anticompetitivas.

La defensa de la competencia en la Argentina está atravesando momentos de muchos cambios, tanto por motivos endógenos como por causas exógenas.

En el aspecto positivo cabe resaltar:

- 1) El fallo de la Cámara de Apelaciones ratificando el dictamen y la multa impuesta a YPF¹⁸ se lo puede considerar uno de los hitos más importantes en la historia de la defensa de la competencia en la Argentina, al ser la primera vez que la Cámara ratifica una multa de tal envergadura¹⁹.
- 2) Se reglamentó la ley por medio del Decreto N° 89/2001 y se estableció un plazo para el llamado a concurso para el establecimiento del Tribunal, el cual fue impulsado por la Resolución del Ministerio de la Producción N° 29 del 30 de octubre de 2002.²⁰
- 3) Se modificaron los umbrales para la notificación de las operaciones de concentración económica con la firma del Decreto N° 396/2001. Consecuentemente, se ha reducido significativamente el

¹⁵ Antes del Decreto N° 396/2001, la ley exigía como umbral alternativo el de los \$ 2.500 millones a nivel mundial.

¹⁶ Ver QUEVEDO-PEÑA, *op. cit.*, pg. 2.

¹⁷ Boletín Oficial del 30 de enero de 2001, pg. 1.

¹⁸ "CNDC c/YPF s/ Ley N° 22.282" por discriminación de precios. Dictamen CNDC N° 314 del 19 de marzo de 1999, aprobado por Resolución SICyM N° 189 del 22 de marzo de 1999.

¹⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B, 24 de noviembre de 2000, causa 42.061. Este fallo fue ratificado en el 2002 por la 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".

²⁰ Si bien no se vienen respetando los plazos previstos, se va avanzando paulatinamente en el proceso de conformación del Tribunal.

volumen de operaciones sujetas al régimen del control previo, quedando para el análisis aquellas que requieren un estudio más complejo del impacto económico²¹.

- 4) La influencia determinante del dictamen de la Comisión en el fracaso de la operación OCA-Correo Argentino y el respaldo del mismo por parte de la Secretaría²².
- 5) La toma de conciencia por parte del Gobierno de que la legislación de defensa de la competencia no era compatible con un régimen de control de precios, dejando así de lado el proyecto de resurgimiento de la ley de abastecimiento²³.
- 6) El importante número de profesionales que se están especializando en estos temas genera una expectativa a futuro importante en materia de difusión de los principios de la defensa de la competencia.

En el haber, no obstante, vale destacar que:

- 1) La situación coyuntural que atraviesa el país sumada a la falta de una cultura de competencia, dificulta el desarrollo de la política de competencia en el país.
- 2) La demora en la constitución del Tribunal le ha restado credibilidad a la intención de tener un ente autárquico.
- 3) Las sucesivas reducciones presupuestarias atentan contra la posibilidad de contar con los recursos necesarios para poder llevar adelante una efectiva defensa de la competencia.
- 4) El período de acefalía que se produjo en la Comisión durante gran parte del 2001, como la seguidilla de presidentes que se produjo durante el 2002, han generado una incertidumbre que repercutió negativamente dentro y fuera del ámbito de la Comisión.

5. Conclusiones.

La evolución de la defensa de la competencia en la Argentina ha sido progresiva y errática. Esto se ha debido principalmente a que la misma no puede aislarse de lo que ha sido la historia económica argentina de estas últimas décadas.

No obstante los vaivenes que se van produciendo, la tendencia general es positiva en cuanto que más allá de la irregularidad en el progreso, se han ido dando varios pasos en la dirección correcta.

Actualmente, el régimen de la defensa de la competencia en la Argentina es uno de los más avanzados de América Latina, incluso a pesar de la crisis por la cual está atravesando en los últimos tiempos el país.

²¹ Al verse reducido el número de operaciones de concentración para el análisis, se retomó el estudio de los casos de conductas que había mermado debido a la vorágine de notificaciones por resolver a partir de la Ley N° 25.156, los plazos perentorios de estas y la escasez de recursos.

²² La operación de fusión entre las dos principales empresas de servicios postales del país, Correo Argentino (concesionario oficial) y OCA, fue desistida con posterioridad a la firma del dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia pero con anterioridad a la firma de la Resolución del Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor, quien ante los hechos ocurridos resolvió archivar las actuaciones pero dejar a salvo que de no haberse desistido la operación, hubiere ratificado lo dictaminado por la Comisión.

²³ Hubo un anteproyecto de ley impulsado por el entonces Secretario de Defensa de la Competencia y del Consumidor Pablo Challú para volver a implementar en el país la Ley N° 20.680 de Abastecimiento del año 1974, que permitía al Estado regular el mercado de bienes y servicios a través del establecimiento de precios máximos y mínimos, restricciones o prohibiciones de exportaciones y obligaciones de producir, entre otras prerrogativas. Dicho anteproyecto fue rechazado por el Ministro de Economía Roberto Lavagna cuando se hizo cargo interinamente del Ministerio de la Producción a fines de abril de 2002. Para un mayor análisis del tema ver CABANELLAS, Guillermo y ARANOVICH, Fernando, "La legislación antimonopólica y las leyes de abastecimiento como técnicas de regulación de los mercados", *Revista del Derecho Industrial*, Año 2, N° 5, Mayo-Agosto 1980, pg. 311.

El futuro de la defensa de la competencia en la Argentina está íntimamente ligado con el desarrollo económico del país, como así también del compromiso que asuma la dirigencia política y la sociedad en general en preservar el correcto funcionamiento de los mercados.

COMPETITION LAW IN MERCOSUR: RECENT DEVELOPMENTS

Por: **Maria Cecília Andrade**¹
e-mail: mcandrade@pinheironeto.com.br

I.- BACKGROUND:

Defence of competition in MERCOSUR has undergone major changes since the implementation in 1992 of Common Market Council (“CMC”) Decision No. 03/92, which dealt with the “Approval of Complaint and Consultation Regarding Unfair Business Practices Procedures Throughout the Transition Period”, and prevailed through December 1994. Subsequently, Decision No. 07/93 approved the “Regulations Relating to Import Protection in Specific Relation to Dumping or Subsidies”, principally as regards other countries and in an attempt to establish a common business policy.

In 1994, CMC Decisions Nos. 20 and 21 were approved. The first concerns the directives for eliminating public policies that distort a competitive market, and the second establishes directives for harmonizing the domestic competition legislation of the various MERCOSUR countries.

The MERCOSUR Competition Protocol (Decision 18/96), signed in Fortaleza and known as the Fortaleza Protocol, was approved on December 16, 1996. On August 9, 2000, the Brazilian Government filed an Instrument for Ratification of the Protocol, and it has been in effect both internationally and in Brazil since September 8, 2000, in accordance with the rules set out in article 33 of the Fortaleza Protocol. On September 18, 2000, the Protocol was incorporated into the Brazilian legal system under Decree 3602, published in the Official Gazette of the Federal Executive on September 19, 2000.

II. - REGULATION ON APPLICATION OF THE MERCOSUR COMPETITION PROTOCOL – COMPETITION COMMITTEE

Continuing this process of development, the MERCOSUR Member States took another step on December 5, 2002, signing the Agreement for the Regulation on Application of the Competition Protocol in MERCOSUR (“Regulation”).

The Regulation instituted the Competition Committee (CDC), which is responsible for enforcing the Fortaleza Protocol, establishing the rules on the composition and functioning of CDC. Its basic premise rests on cooperation between the Competition Authorities of each Member State, under coordination always of the domestic enforcement agency of the Member State serving as MERCOSUR *Pro Tempore* Chairman (article 3).

CDC requires a quorum of three of the domestic bodies for enforcement of the Fortaleza Protocol, and their decisions will be passed always by consensus. Ratifying the rule already contemplated by the Fortaleza Protocol, article 10 of the Regulation provides that, when determining the sphere of application of the Fortaleza Protocol, consideration must be given concomitantly to the effect of trade among the Member States and the effect of the goods and services relevant markets within the sphere of MERCOSUR, the latter meaning the combined goods and services produced or sold in the territory of one or more MERCOSUR Member States.

The procedure for reviewing anti-competitive practices will be carried out *ex officio*, or by substantiated complaint by a lawfully interested party. The Regulation defines such party as any individual or legal entity, whether or not organized for profit, considering themselves directly or indirectly injured by presumably wrongful conduct, including duly organized consumer associations recognized as such in their own countries (articles 13 and 14). On the same lines as the Brazilian system, if the act is recognized as a violation of the economic system the parties will be liable to various sanctions, ranging from heavy fines to prohibition from participating in public purchase systems in any Member State and from contracting with public financial institutions of any such State. It also provides for the possibility of entering into commitments to cease the practice considered anti-competitive.

¹ Associate in Pinheiro Neto Advogados, member of the Litigation Group, Master of Corporate Law from Coimbra University, Portugal, Postgraduate in Business and Economic Law from the Getúlio Vargas Foundation, São Paulo, currently specializing in International Economic Law at Getúlio Vargas Foundation, São Paulo.

III.- INSTITUTIONAL PROBLEMS THAT PERSIST:

In accordance with the Regulation, CDC will start functioning 30 days after it takes effect. It will be composed of at least two of the enforcement bodies of the Member States that have incorporated the Fortaleza Protocol, which to date are only Brazil and Paraguay.

Nevertheless, the same obstacle that interfered in the past persists: only Brazil and Paraguay have incorporated the Fortaleza Protocol into their domestic laws, although it is pending approval by Congress in Argentina and Uruguay. Among the MERCOSUR countries, only Brazil and Argentina have extensive competition laws and, moreover, experience in enforcing them. Enactment of this new Regulation may trigger political interest in Argentina and Uruguay in advancing legislative procedures and approving the Fortaleza Protocol. Furthermore, considering the scant Uruguayan legislation and the existence of a not yet approved bill in Paraguay, these could be replaced by the Protocol, adapted, of course, to national needs. This seems the best course to be taken by the MERCOSUR countries, bearing in mind the European experience in competition law enforcement.

When the Rome Treaty was signed in 1957, or even when EEC Regulation 4064/89 on merger control was adopted, not all the Member States had internal rules on competition law. After a few years, however, they were able to harmonize the community rules and incorporate them into their domestic legal systems (such as, for example, Portugal, Spain and the Netherlands). At present, a similar process may be noted as regards the Central and Eastern European Associate Countries that are to join the European Union. There is no doubt that the application of competition law, replacing the commercial defence in that economic bloc, was a powerful instrument to integrate them completely.

Apart from this problem, the lack of rules on merger control and state aid also continues. CRISTINE ALCKIMIN, former General Coordinator of the Economic Policy Bureau of the Ministry of Finance, states in her article *"The Defence of Competition in Mercosur"* that *"the second item in the agenda for the next CT-5 meeting refers to the Mercosur concentration acts, that is, the mergers, acquisitions and joint ventures which may impact the market of at least two of the member countries. This Work Group will have as its target the creation of a regulatory landmark on this issue, by means of either a CMC Decision or a new Protocol"*.

Some problems may thus arise, and should be given special attention, such as minimum requirements for notification of mergers to CDC, review guidelines to be followed and terms to be observed. It is important to note in this regard that Brazilian competition law reform has been under discussion for almost three years. If implemented, merger control will also call for special attention, since the rules on notice will be changed, as will the terms for reviewing the transactions. It could be advisable to speed up the debate on the draft competition law in Brazil in order to make the changes compatible with the system to be adopted for MERCOSUR, thus seeking consistency not only in notification standards but also in the transaction analysis procedures.

An initiative on these lines will not only strengthen economic integration, but also provide legal security to the economic operators established in the region, or those whose business has effects in that geographic zone.

A taboo in the Brazilian case, and which has not yet been faced realistically, is state aid. This is most controversial in the so-called tax war between the states and ends, in fact, by reflecting on companies competitiveness. The Protocol referred to this event in article 32, which established a two-year deadline after it took effect for drafting common standards and mechanisms for governing State aid that might limit, restrict, misrepresent or distort competition and affect trade between the Member States. This provision has never been implemented, and is not likely to be in the near future, since the new regulation does not provide for the matter, nor does it vest CDC with any authority to go into the matter.

IV.- FREE TRADE AGREEMENTS AND COMPETITION LAW IN MERCOSUR: EUROPEAN UNION AND FTAA

Lastly, it should not be forgotten that at present the countries and economic blocs are debating various free trade agreements. MERCOSUR in particular is discussing concomitantly with the European Union and the Free Trade Area of Americas (FTAA) the opening up of markets and an increase in commercial exchange.

The strengthening of relations between the EU and MERCOSUR is extremely important to both parties. For the EU, the creation of an interregional association has been a priority, since MERCOSUR is one of the most dynamic markets for its exports, besides offering a growth potential in sectors of high added value, such as capital and consumer goods, cars, and services. On the other hand, to MERCOSUR, a free trade agreement with the European Union would mean, first, greater access to the European market for its agribusiness and fishery products, which account for half its total sales to that region. In the second place, an association of this type would strengthen MERCOSUR's position in the hemisphere and its capacity to negotiate in international forums.

FTAA has also been discussed quite intensely in recent years, the Brazilian government and its partners in MERCOSUR not having yet reached a consensus about the most advantageous way of participating in this regional association. The outstanding issues are numerous, and involve matters such as competition law, commercial defence (specially antidumping legislation) and tariff barriers against agricultural products and services. Nonetheless, to speak only of trade exchanges, market opening and financial investments without guaranteeing respect for fair competition on the market will not ensure the success of any association of this kind. It is fundamental to establish minimum rules on competition, to be observed not only among companies but also by the sovereign States that are to take part in these regional associations, so as to prevent or suppress international anti-competitive practices such as, for example, the hard core cartels, or even to minimize or prevent harmful effects of the mega-mergers. These matters have been on the agenda for debate at international forums such as the World Trade Organization (WTO), the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), and more recently on the International Competition Network.

One of the ways to minimize these problems is by international cooperation among the competition authorities worldwide. This need becomes more acute with the proliferation of regional and bilateral free trade agreements, as mentioned above. There is no doubt that only international cooperation can provide greater legal security as regards enforcement of the decisions and consideration of internal problems that may arise in specific cases in a State or Community.

The European Union and MERCOSUR have been discussing rules on competition for some years. Although this is not decisive for the negotiations on a free trade agreement, it will unquestionably be an indispensable factor for the final outcome. In the sphere of FTAA negotiations, a proposal has likewise been made to establish competition rules that would include anti-competitive practices and state aid, similar to the model already in effect in the sphere of NAFTA, without, however, relinquishing any merger control.

V.- THE NEED FOR A STEP FORWARD:

In spite of the positive result of the approval of the Regulation for Application of the Fortaleza Protocol and the creation of CDC, some problems of an institutional nature persist, preventing effective implementation of these rules.

The problems involved in settling disputes that may arise from enforcing the Protocol and the Regulation continue to depend on a system based on negotiations between the Member States, under the aegis of the Olivos Protocol signed in 2002, which will replace the Brasília Protocol as soon as it has been ratified by all MERCOSUR Members. Although article 12 permits advisers of the Member States to participate, there is no doubt that this arbitral procedure will continue to be a procedure between States, and not between individuals.

The possibility of using an instrument of trade protection is still alive within the economic bloc. Although Article 2 of Decision 18/96, which approved the Fortaleza Protocol, establishes that dumping investigations carried out by a Member State (with regard to imports from another Member State) would be effected in accordance with the individual national legislation only until December 31, 2000, this deadline has again been altered by CMC Decision 16/2001, having been extended to May 31, 2003, when the Common Market Group is to decide on the guidelines and conditions on which the matter will be regulated by MERCOSUR and whether it is necessary to have the commercial defence among the Member States phased out, and replaced by the principles and regulations of Competition Law.

Although MERCOSUR today is provided with instruments that permit the rules on competition to be implemented, additional efforts are still required, also to permit more vigorous action by the bloc in international relations and in the various negotiations on free trade now under way. Once again, it is necessary to bear in mind

the importance of applying the competition rules in order to make it possible to integrate the bloc effectively, strengthen the competitiveness of its companies and suppress anti-competitive practices that affect trade between the Member States of MERCOSUR.

INCUMBENTS, NEW ENTRANTS, UNBUNDLING AND COMPETITION: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE

By: **Cyntia Souza de Menezes** *
e-mail: cyntia.menezes@cliffordchance.com

Introduction

“Local loop unbundling”, “unbundling of network elements”, “access to local network” or “shared access to the local loop”. There are several different ways to nominate the issue, but the fact is that presently the problematic of implementing competition in the local telecommunications market is that of facilitating the entry of competing operators by giving them access to the incumbent’s network elements.

Historically, local telecommunications networks in Europe and Latin America have been constructed by operators over time under a monopolistic structure¹. After the telecommunications liberalization process in different countries, regulators had to face the challenge of implementing full and effective competition in an infrastructure sector still dominated by incumbent operators. Real competition in all levels is still weak, especially in the local access market, which is now regarded as the last cornerstone of the liberalization process², given that without proper and free access to the customer, no new-entrant operator would be able to provide competing services, which is the core objective of any restructuring process.

Regulatory authorities and market analysts tend to consider the local access as an entry bottleneck to the market. For this reason, regulators throughout Europe and America have endured efforts to find the best path to introduce competition in this network level; and the mandatory unbundling of local networks has been envisaged as the most feasible one. The issuance of a Recommendation and later of a Regulation on Local Loop Unbundling by the European Commission³, and the recent developments in the Brazilian legislation with respect to the same matter⁴ show that, if the unbundling is a possible solution, the implementation of this measure requires careful planning, close analysis of the market and constant monitoring. The shared used of single networks by competing undertakings is in itself a complex issue, regardless of the technical, structural or commercial implications of such strategy⁵.

The polemic involving the LLU lies mainly in two arguments: it would reduce new entrants’ investment in building infrastructure, and it would be a draconian intervention of the State in privately owned telecommunications networks. Firstly, the fact that a new entrant could gain access to customers through the incumbent’s network without the burden of deploying its own, would impact in the “make-or-buy” decision of investors, probably resulting in discouraging such deployment (Who would incur in such high, almost prohibitive, sunk costs involved in building a novel telecommunications network if another easier mode of entry is available?), which in the long term would result in poor network competition consequently reducing consumer benefit. The ideal achievement of competition in the local access market should be infrastructure-based, not relying exclusively on the access provided by the incumbent’s local loop. An incumbent-centric entry approach will in the long-run distort market structure, since it will be unable to really increase supply (with no alternative

* Queen Mary, University of London - Centre of Commercial Law Studies - CCLS

¹ Actually, almost all industrialized countries around the world have operated their telecommunications infrastructures and services under a monopolistic environment for almost 100 years. The telecommunications market (and mainly the telecommunications’ network market) was envisaged as a **natural monopoly**, and therefore either public or private telecommunications operators were granted monopoly rights “de facto” or “de jure” (For economic aspects of telecommunications network see: Stehmann, O, “Network Competition for European Telecommunications”, Oxford (1995); Trends of Change in Telecommunications Policy, OECD (Editor, 1987); Correa, Lisa – “The Economics of Telecommunications Regulation”, in Walden, Ian and Angel, John, “Telecommunications Law”, Blackstone Press (2001).

² As per Vinje and Kalimo: “(...) one gaping hole remains in Europe’s telecommunications liberalization: none of the existing liberalization measures reaches the local telecommunications networks”. Vinje, Thomas C., and Kalimo, Harri, “Does Competition Law Require Unbundling of the Local Loop?”, Journal of World Competition 23(3): 49-80, 2000.

³ Regulation 2887/2000 of the European Parliament and of the Council on Unbundled Access to the Local Loop (OJ L 336, 30/12/2000, p. 4);

⁴ Art. 10 in Resolution 283, dated November 29, 2001, from ANATEL (available at www.anatel.gov.br).

⁵ According to the European Commission, “(...) in reality, the issue of unbundling of the local end of transmission networks is complex, and must be closed linked to the degree of overall competition in the market concerned; the availability of viable alternative distribution channels and the starting point for competition in the particular market” (Green paper on the Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation Towards an Information Society Approach, COM (97)623, IV.2.3.)

network deployment, the offer of differentiated services and prices tend to decrease over time), and real competition will become even harder to achieve, if achievable at all, since it would have the opposite effect of enhancing the dominant position of the incumbents in the long term⁶.

As per the second argument, mandatory LLU is seen by many as a draconian solution. It would be draconian because it implies the intervention of the State (through the invested Regulatory Authorities) in the private property of operators and in the way private companies run their business, since the bottom line of unbundling is that it requires a structural separation of the network from the services provided therein⁷. Of course, intervention of regulators should be welcomed whenever competition issues arise, to the extent that they should prevent companies with market power to abuse its dominant position and affect or restrict free competition. However, admitting that Local Loop Unbundling is necessary *per se* without a previous and careful analysis of the regulatory and commercial conditions of the applicable and relevant market could be frivolous, if not dangerous⁸.

If the LLU raises several different questions regarding its legitimacy, its economic effects, and its legal implementation, the objective of this work is narrowed to the analysis of the current main regulatory issues related to the implementation of Local Loop Unbundling (LLU) in the Brazilian telecommunications market, comparing it with the previous experience of the United Kingdom in the same area.

More than a simple analysis, it is the aim of this project to carry on a critical review of the Brazilian regulations in force, trying to clarify the issue of LLU as a method to enhance competition in the short term for local access.

Local Access

a. Approaching the legal issues

Both from a Brazilian and from a British perspective, the bottom line and the core objective of the telecommunication's liberalization process was to ensure consumer welfare, meaning affordable access to technologically advanced services. The European Commission has stated that one of the main policy objectives underpinning the current regulatory framework is to "benefit the European citizen"⁹. The Brazilian authorities have constantly and continuously affirmed that the driver of the implementation of the reforms was consumer benefit, and this can be found in all declarations, documents, statements and papers delivered both by the Regulatory Authority (ANATEL) and by the Ministry of Communications¹⁰. And the path chosen by those authorities to achieve such consumer welfare was through the implementation of competition in the several different telecommunications sectors.

Competition is seen today as the major driver of development, the market force that will ensure that services will be provided efficiently, and at an affordable cost to users. The Regulator who is able to ensure that competition is free will succeed in developing a democratic model for the provision of telecommunications services. And although most countries have, in a greater or a lesser degree, successfully introduced competition in various sectors of this market, the fact is that network competition, and strictly competition in the local access market, is still incomplete, if existing at all¹¹.

⁶ Due to the presence of network externalities, i.e., the value of a network increases as more users are attached to it. Note that this assumption will correspond to the truth if the unbundling is envisaged as the only solution for the access problem. Of course, whenever it is understood as an effective measure in the short term, but is combined with policies that incentive investment in competitive networks, the assumption tend to become obsolete.

⁷ Indeed, the European Commission identified two types of markets: that of *telecommunication services* and that of *access to facilities necessary to provide telecommunication services* (see Notice on the Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector ([1998] OJ C 265/2).

⁸ Naftel and Spiwak bring some light over the issue: "Regarding the supposed unfairness of having a telecoms network originally built with public funds, (...) this discounts subsequent privatization when investors reimbursed the state for its network construction. Investors bought the network. It is that simple. (...) [To] assert *ex post facto* that investors did not buy the network, but must share it with all competitors at an internally non-discriminatory price, is a serious abrogation of contract and property rights". Naftel, Mark and Spiwak, Lawrence J. The Telecoms Trade War – The United States, The European Union and the World Trade Organisation, p.309 (2000);

⁹ DG Information Society, Working Document on Unbundled Access to the Local Loop, 9 Feb. 2000, p. 3;

¹⁰ Back in 1996, when presenting the project of the General Telecommunications Law to the Congress, the Ministry stated that "(...) the reference point of the new model should be the rights of the telecommunication services users (...)" (Reasoning for the General Telecommunications Law, p. 12);

¹¹ Actually, not only the local loop access, but *access* as a general issue is increasingly creating disputes in several different areas as technology develops and as convergence grows. In an article published in 2000, Peter Scott (Head of Sector, Telecommunications

The complexity of this issue lies in the fact that entry, and therefore competition, in the telecommunications market could only be achieved via three measures: (a) competition between two or more different and independent networks, the “facilities based competition”; (b) resale, or; (c) the efficient share of one single network by different undertakings, or the “unbundling of network elements”. And experience has shown that none of them, alone, could suffice to achieve the desired level of competition.

The first hypothesis – facilities based competition – is self-explanatory and presents no major legal issues: an operator that builds its own local network is entitled to use it at its own discretion, provided the applicable rules and regulations are observed. Actually, a shift in view should be introduced at this point: facilities based competition should not be considered only a mean of entry, but an objective to be achieved *per se*. Regulators should be worried not only with the modes of introducing new competitors and operators in the market, but also with the existing barriers to entry the network market. If telecommunications networks were perceived as comprising a market in itself, then the only way to achieve competition in such market would be infrastructure based.

Benefits of infrastructure-based competition are straightforward: it will increase supply, introduce real and stable price and non-price competition and guarantee consumer welfare. However, given the high costs involved in deploying a telecommunications network able to compete with incumbent’s one (almost prohibitive in the short term), regulators tend to rely on the other two possible entry models.

Under a resale structure, “competitors obtain a service at a discounted or wholesale rate from the underlying, established carrier and then sell the service to their own customers”¹². The benefit of a resale structure in the short term is that it allows the new entrant to start operating without the burden of building a costly new network, giving it immediate access to the customer and facilitating the execution of a more feasible network deployment and roll-out plan.

In the third access possibility, the new operator is entitled to use the competitor’s local network to provide its services. This is what is conventionally called as “Unbundling”: the possibility of a new-entrant telecommunications operator to provide services through network elements (including the local loop) owned and controlled by another competing operator. In other words, it is the use of a local network by a different undertaking (mostly a new-entrant one), to provide competing telecommunications services. Clearly, this shared use of a network features a much more complicated environment, involving technical, legal and economic matters that must be carefully addressed within its implementation.

Of course, in order to achieve a self-sustainable level of competition (which should be the goal of any serious market restructuring process), none of the previous three hypotheses should be neglected by regulators, but instead should be regarded as complementary¹³. The implementation of a facilities-based competition should be encouraged whilst resale and unbundling should be thoroughly implemented as a temporary solution in the short and medium term.

Regarding the legal implementation of the Local Loop Unbundling, regulators have at their disposal three different tools, and it is up to each policy-maker to choose which of them (or which combination) will be used to this purpose. From a regulatory perspective, the unbundling can be achieved via: (i) interconnection regulation; (ii) competition regulation, or; (iii) *sui generis* regulation.

Interconnection regulation can be used in the sense that usually those rules are concerned with interoperability of networks, and featuring therefore general dispositions on network operation and organization. Interconnection

Regulation, DG Information Society) identified 10 different access issues in dispute: access for entrants to the local loop of incumbent operators (LLU); access for broadcasters to cable TV networks; access for ISPs to cable networks; access to mobile network infrastructures; access to Intelligent Network functionalities; access to broadband networks; access to submarine cables; access to satellite systems; access to set-top box facilities; access to broadcaster’s network for interactive applications. SCOTT, P., ‘Access and interconnection’, *Info* 2(3): 229-234, June 2000.

¹² CITEL – Inter-American Telecommunications Commission, Guidelines and Practice for Interconnection Regulation, PCC.I/RES. 77 (XI-99); available at www.citel.oas.org.

¹³ According to the CITEL document mentioned above, “(...) to foster a competitive environment, the regulator must allow multiple forms of entry, each with its own form of pricing. **Restricting methods and modes of entry can cause investment distortions and result in higher prices to consumers**” (emphasis added).

can be a strong and useful tool to give legal justification and enforcement to requirements of open networks. However, because of the specificity and peculiarities of the local loop issue, it could be assumed up-front that interconnection rules, although able to support LLU principles, would not be able to address all issues related thereto. As we shall see below, this would be the Brazilian case.

For obvious reasons, competition law itself can be regarded as an effective manner of mandating dominant operators to open their network facilities to competitors. The drawback of this strategy however is that it requires a great level of development of competition law and principles, and a strong and independent national competition body able to enforce it. The UK (and recently the European Union) experience have demonstrated that although the sole reliance on *ex post* competition rules would be the natural result of an ambience of free and full competition, the peculiarities of the Telecommunications market still requires the use of rules designed to attend its specific interests. The situation in Brazil is still more complex, given the small degree of development of competition rules and concepts, the lack of market confidence in the competition authorities, and the suspicion that the national competition body's decisions are still largely driven more by lobbying and politics than by law and economics.

Additionally, the appliance of competition rules in a changing infrastructure sector will require a level of asymmetry in its application (favouring new-entrants to the detriment of the incumbent operators) and a constant monitoring of the market, since technological development and changes in the market structure can abolish barriers to entry or the natural monopoly characteristics that had previously led to regulation and asymmetry.

The *sui generis* rights would be the evident solution at a first sight. It would bypass any controversy related to competition rules at the same time that it would fill any gaps that might exist in interconnection and network operation rules. But this solution is not free from problems, especially in a moment were the market is moving towards a deregulation process. To bring more regulation to the market would mean, in a sense, imposing more constraints over operators, enhancing the level of legal uncertainty, and reducing investments¹⁴. One of the current challenges of regulators is to find the perfect regulatory balance: not over-regulated (that would put operators under strains), not under-regulated (that would allow market distortions). And the creation of another *sui generis* regulation could make the scale bend over the wrong side.

But what exactly are we talking about when mentioning Local Loop Unbundling?

b. Definition of local loop access and Unbundling modalities

The local loop can be defined as the element of the telecommunications network that connects the end user to the service provider's network, enabling the operator to access its customers. It can be physically described as the link between the service provider's switching equipment and the customer's premises. Usually those links are wire lines such as twisted copper pairs or, in a smaller scale, optic fibre, but it is relevant to note that although the former is the most popular and largely used technology, recently other possibilities have been considered as potentially useful for the purpose of providing local access, such as power lines or cable networks¹⁵.

The importance of this small piece of network in the telecommunications environment is that the only way to achieve effective competition in such a market is by accessing the customer; and access to the customer can only be obtained via the local loop. Also, the increasing demand for broadband access to the Internet has enhanced the value of such networks since the DSL (Digital Subscriber Line) technology has been developed.

Technically, the LLU can be achieved in three different ways: full unbundling, line sharing and bit stream.

The full unbundling of the local loop is the use, by the competing operator, of the whole frequencies of the local access. In this case, the benefited operator will be entitled the control (the physical control) over the local loop, being able to provide a range of services to the customer, from simple voice telephony to broadband access and data services.

¹⁴ As rightly observed by Naftel & Spiwak "regulation has both costs and benefits" (*supra*, pp. 37).

¹⁵ Other technologies available include wireless local loops (a technology similar to the mobile system), cable access, and power line. It worth it to remark that one of the Brazilian regional power companies (Cemig) successfully tested and installed last year a telecommunications project (Power Line Communications - PLC) which allows the transmission of data and broadband access to Internet services via power lines (available at www.cemig.com.br).

In the shared use (also “shared access” or “line sharing”) the frequencies of the local loop are split into high and low through the use of an ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) modem. The benefited operator is entitled to use the high frequencies of the loop to provide high speed, broadband access to Internet services, while the low frequencies remain used by the incumbent operator for the provision of voice telephony.

Differently from the two previous models of local loop unbundling, the bit stream does not feature a transfer of operation (neither of the complete local loop, neither of a part of the frequencies therein); it could be qualified as a service provisioning by the owner of the loop, that will maintain its operation and control, delivering the split frequencies to the competing undertaking at a higher level of the network.

Clearly, regulators tend to favour the implementation of full unbundling, due to the higher level of competitiveness introduced by this method. However, the implementation of any of the three possibilities is complex and, from a regulatory standpoint, would feature basically the same problems. The next chapter will deal with the implementation of Unbundling in Brazil from the regulatory standpoint.

II. Unbundling in Brazil: analysis and comparison

a. The Regulatory Issue

As already stated above, when it comes to implementing the unbundling of the local loop, regulators have at their disposal three different paths to follow. They could understand local loop unbundling as a matter of interconnection, applying in such case the interconnection regime to the piece of network concerned; they could opt for considering the disaggregation of this network element as a competition matter in its essence, leaving it to be treated by ex-post competition rules, or; could create a new and *sui generis* regulation specifically for the LLU.

For the sake of coherence, however, it must be remarked that eventually two of the forms described (or even all of them) can be combined in order to create an enforceable regime. Competition rules can be used in association with interconnection regulation; the interconnection regime can be amended to include *sui generis* rules related to the unbundling, or any other combination that best suits the quest. Nevertheless, whatever the choice is, the analysis that should be dear to regulators at this point is: what is the best way to implement the unbundling of the local loop, being at the same time effective and enforceable, at the least cost to society?

Such multi-originated approach becomes clear when turning our view to the EU/UK system adopted in relation to the LLU. Although the LLU was mandated in all EU states via specific regulation¹⁶, by no means this undermines the fact that both interconnection and competition law played an essential role on the matter. More than that, OFTEL understood that the BT’s provision of the local access to new entrants was **already prescribed in its license**. It went back to the Telecommunications Act 1984 to state that local loop unbundling was indeed a telecommunications service under Section 4(3) of the Act¹⁷, being therefore included in BT’s licence. This approach was reinforced when in August 2000 OFTEL brought into force Condition 83 of BT’s licence, where Operators were entitled to obtain space in BT exchange sites, lease BT local loops, and purchase other associated services from BT¹⁸. OFTEL also supported the view that LLU was already prescribed under the 1997 Interconnection Directive from the European Council as a Special Network Access - SNA¹⁹, and therefore could be enforced on that basis.

¹⁶ Regulation 2887/2000 of the European Parliament and of the Council on Unbundled Access to the local loop (OJ L 336, 30/12/2000 p. 4), directly applicable in Member States;

¹⁷ This would derive from the definition of Partial Baseband Leased Circuit (PBL), which was conceived as “a copper link extending from the customer premises to the local exchange (commonly referred to as a ‘local loop’)” (Access to Bandwidth: delivering competition for the Information Age, Director General OFTEL, November 1999). Given that the unbundling would consist of the conveyance through BT’s system (from the customer’s premises to BT’s switching) of signals described in Section 4(1) of the Act, the LLU would fall inside the telecommunications service category.

¹⁸ See “Access Network Facilities: Guidelines on Condition 83 of BT’s Licence”, OFTEL, 2000.

¹⁹ This Directive provides for interconnection in “access points other than the network termination point offered to the majority of end-users”, which are named as special network access, or SNA (see Article 4(2) of Directive 97/33 of the European Council on Interconnection, OJ L268, 3.10.98, p. 37).

From this starting point follows then an analysis of the Brazilian Interconnection, Competition, other Federal and *sui generis* legislations.

Before going into the specific rules however, it is necessary to have in mind some principles underlying the Brazilian regulatory framework. It should be noticed, first of all, the differences in the legal status of the privatised incumbents and the new entrant licensees.

The Brazilian legal regime shaped by the General Telecommunications Law – LGT established two ways of classifying telecommunications services. According to the nature of the interest they comply with, they can be of a collective or restrictive nature. According to the legal regime under which the service is provided, they can be of a private or public nature²⁰.

Restricted services can only be rendered under a private regime, and its provisioning is subject only to conditions necessary to ensure that the collective services are not jeopardized; self-provided services and services provided by the operator to a specified group of users figure within this group.

Collective services are those that shall be provided by the operator to any and all users requesting such services, under non-discriminatory conditions²¹, and can be provided either under a private or a public regime. The main difference between services provided under a public or a private regime is that the former implies Universal Service obligations²², whilst the latter does not. The Switched Fixed Telephony Services (SFTS) and all its forms are collective services provided both under the private and the public regimes. The privatised incumbents are responsible for providing the SFTS under the public regime, according to concession contracts granted by the Government (the “Concessionaires”), and the mirror companies operate under the private regime through Authorizations given by ANATEL.

These distinctions will underline the whole regulatory system, particularly the interconnection regulation and the provisions on the operation and construction of networks.

a.1. Brazilian Interconnection Regulation

a.1.1. Principles

The Brazilian Interconnection regime is framed by Book III, Title IV of the LGT (dealing with Telecommunication Networks), and by the General Regulation on Interconnection, approved by ANATEL’s Resolution 40, from July 23, 1998.

Article 146 of the LGT disposes about the organization of networks and defines interconnection as follows:

“Art. 146. The networks shall be organized in the form of free circulation integrated highways, under the following terms:

I – the interconnection among networks in mandatory, pursuant to the regulation;

II – the integrated operation of networks shall be guaranteed, on the national and international level;

III – property rights on the networks shall be conditioned to the duty of compliance of their social role.

*Sole Paragraph. Interconnection is the link between functionally compatible telecommunications networks, so that service users of one of the networks may communicate with service users of another, or access services therein available”.*²³

²⁰ Articles 62 to 68 of the LGT.

²¹ Article 17, Telecommunication Services Regulation (Resolution 73, 25/11/1998, available at www.anatel.gov.br)

²² Under the Brazilian regulation, Universal Service obligation is a social goal, related to the situation where the cost to provide physical access is high, (e.g. in remote and rural areas, peripheral metropolitan areas, or low demographic density areas) or where the customers’ income is lower than the necessary to create an attractive investment opportunity to a service provider.

²³ Unless indicated otherwise, all translations of Brazilian Laws and Regulations were extracted from officially translated texts, available at ANATEL’s web site: www.anatel.gov.br. The validity of such texts is for reference only. The official documents are published in Portuguese in the Official Gazette (www.in.gov.br).

It seems that this article draws down some of the main network operation principles. The first one would be delineated in the *caput* itself: networks shall be open and integrated. This “open network” provision will delineate all the regulation relating to construction and operation of networks (specially the ones that support the provision of collective services) and the principle of free interconnection (meaning that all operators should have equal and fair access to all network elements technically accessible).

The second principle that should be highlighted is the mandatory nature of interconnection. It must be understood that according to the Brazilian legislator, interconnection **is mandatory** for all collective interest services networks **as a rule**. This would be confirmed by the ruling of Art. 12 from the General Regulation on Interconnection, where:

“Art. 12. The operators providing telecommunication services of collective interest must make their networks available for interconnection when so requested by another operator providing telecommunication services of collective interest”.

The Agency is able to withdraw some operators from this obligation, but these will be treated as exceptions and must be specifically regulated by ANATEL. This is extremely important in the case of LLU, as we shall see below.

The third principle set down on article 146 is a ramification of the first one. Retained from the language of the Sole Paragraph (which is, in itself, the definition of interconnection), it states that Interconnection must enable users not only to communicate with each other irrespectively of the network they are connected to, but should also enable them to **access services** available in other networks.

At this point it worth it to call the reader’s attention to the last part of this paragraph: “(...) *service users of one of the networks may communicate with service users of another, or **access services therein available***” (emphasis added). If we consider that the core objective of the LLU is to give the user the **possibility to access services provided by other networks using one and the same local loop**, such as broadband Internet access, it is quite remarkable that the LGT had already foreseen this possibility in the definition of interconnection itself.

Indeed, even more important and clear than the above mentioned article (which would admittedly require an extensive interpretation of the legal definition to arrive at the conclusion proposed), is the letter of Article 155 from the LGT:

“Art. 155. In order to foster competition, the telecommunication service providers of collective interest shall, pursuant to the cases and conditions established by the Agency, make their network available to other telecommunication service providers of collective interest”.

Clearly, the LLU was already foreseen in the Brazilian legislation since 1997, and if minor regulation was needed at a certain point to implement such unbundling, this could have been fast and smoothly done by approving the conditions of applicability of article 155.

Finally, a non-discrimination principle can be retained from the language of Article 152 of LGT. According to such Article, “[t]he provisioning of Interconnection shall be made in non-discriminatory manner, under adequate technical conditions, thus ensuring equal and fair prices, complying with the strict requirements to the rendering of services”.

a.1.2. Application of Principles to LLU

It remains however unclear to what extent does the interpretation and application of these articles really enable the enforcement of the Unbundling obligation. Of course, although from the main principles and from the reading of Article 155 it can be concluded that the unbundling would be a natural result of a free interconnection and of an open network regime, still some detailed regulation would have to establish the terms and conditions under which networks should be opened. ANATEL would then need to overcome some difficulties related to the implementation of the disaggregation of network elements itself. First of all, it should be clearly stated who should be obliged to interconnect (therefore, who should have the obligation to unbundle), and who has the right

to request it. That is to say, it would have to be determined which networks are supposed to be subject to the LGT Interconnection and Network Operation regime as it is presented today.

The answer will be found in LGT itself, Article 145. There, the legislator makes it clear that networks operated to support the provisioning of collective services, either under the public or private regime, are subject to the provisions thereon. Assuming that the unbundling could have been implemented under the LGT regime, the reading of Article 145, *caput*, and the mandatory principle exposed above would lead to the conclusion that both the incumbents' and the new-entrants' local loop would have to be opened to competition. The conclusion would be the same if taken on the basis of Article 155 itself. There, no distinction is made between the service providers under the public or private system; all service providers of collective interest are supposed to give access to their respective networks.

In an environment where competition is still not implemented, to impose such obligations on the weaker part of the relation (the "mirror" companies) would have the opposite effect of jeopardizing competition, instead of fostering it, where the main purpose of the LLU is to give the companies with small presence in the market a chance to achieve customers in the first place, without the need to invest in a brand-new network. What would be required then, would be some regulatory asymmetry, where firms with a dominant presence in the market and with any competitive advantage acquired on the basis of their previous monopolistic position would have different obligations from those of the new-entrant companies.

Regulatory asymmetry is not an unknown concept in Brazilian telecommunications regulatory environment. It is present in the exception provided in the Sole Paragraph of Article 145 of LGT, which enables the regulatory Authority, by means of specific legislation, to withdraw operators under the private regime of the obligation established therein, i.e., of the interconnection regime established in the LGT. Had ANATEL chosen the interconnection path to implement the Unbundling, the legal basis for a regulatory asymmetry was established, and a specific regulation on this matter would be needed to withdraw the new-entrants from the obligation to unbundle prescribed in Art. 155.

The second issue regarding the unbundling under the interconnection regime would be: what (at what point of the network and which network elements) should operators be obliged to interconnect/unbundle? Would incumbent operators be obliged to unbundle the local loop access?

The answer in this case will be found in the General Regulation on Interconnection, Articles 13 and 14:

"Art. 13. Interconnection must be performed at technically feasible points on the network of the service provider to whom the request for interconnection has been made, in accordance with the conditions specifically required for the provision of the service."

Art. 14. The existence of successful interconnection in a particular point of the network shall be considered evidence of the technical feasibility of the interconnection at such point, or at a compatible point".

Clearly, if one considers that the split of frequencies in the local loop of an undertaking, in order to provide its downstream operation with access to the customer for the provision of diverse services (e.g., by using xDSL technologies) as a successfully implemented interconnection (and one could see no reason for not considering it as real interconnection, since the conditions to comply with the interconnection definition are present²⁴), then the non-discrimination principle would apply, as well as Art. 14. In this case, any request of interconnection at a local network point would have to be implemented, whenever requested by any other provider of collective services²⁵.

²⁴ Considering the existence of differentiated interconnection markets (transit, call origination, and call termination markets) the matter of access would be dealt with under the implementation of competition in the call origination interconnection market. The General Regulation on Interconnection again defines interconnection as "the connection of functionally compatible telecommunication networks that enables the users of services offered on one of the networks to communicate with the users of services offered on another network or to access services thereon offered" (Art. 3, VII). No much doubt could be raised about the application of such definition in the LLU context. Technically, the LLU can be understood as interconnection at the lower level of the network, at the closest point to the customer premises, at the access point.

²⁵ Actually, the Reasoning for the approval of the LGT (useful as always, although with no binding force) addresses the issue, by stating that "free interconnection, and the possibility that new operators acquire, from the incumbent dominant operators, access to their network at the points that they really need, will reduce the investment in parallel networks" (free translation).

Another compelling argument would be found in the General Regulation on Interconnection, Article 39 (dealing with network construction), whereby “[t]he operators that provide services of collective interest must make available on fair and non-discriminatory conditions facilities such as cables, fibres, ducts, poles, towers, among others, for use, when so requested, by Switched Fixed Telephony Service providers, specifically for the purpose of enabling such providers to construct their networks”. Of course, in this case, any new-entrant SFTS operator would be entitled to request access to the incumbent local loops on the basis of network construction reasons.

As for the defences available to the incumbent operators to deny the access, the only one would be the unavailability of means or facilities, in which case the entity that received the request would be obliged to offer interconnection at a compatible point (Art. 15 of the General Regulation on Interconnection). Regarding Art. 39 above mentioned, the denial must be justified, and the operator that had the access denied would be able to request ANATEL’s valuation on the matter (Article 39, §2° and §3°).

The last issue to be dealt with by the regulator would be that of pricing. It is clear that in this case, the Brazilian standard interconnection pricing rules (that of splitting the cost on a call by call basis, measured on a traffic balance between the companies) would not be applicable²⁶. An alternative pricing structure would be needed, and this will be discussed by the end of this chapter.

If so far the interconnection regime could be seen as compatible for the purposes of implementing the LLU, the biggest “Achilles’ heel” of the whole issue is: what about Internet Access providers?

According to the LGT regime, the provision of Internet access is **not** a telecommunication service, but a value added service that is not regulated by ANATEL. Regulation defines value added services as “*the activity that adds value to the telecommunications service that supports the same, and with which the new features related to the access, storage, presentation, handling or recovery of information are not mistaken*”²⁷. The First Paragraph of the same Article goes on and specifically states that “*value added service is not a telecommunication service*” and that its provider “*is classified as a user of the telecommunication service providing support thereto*”, and although the use of telecommunications services networks by Value Added Service providers is guaranteed in the Second Paragraph, the terms and conditions under which such use shall be made is not clear, and the Law leaves it to further regulation to determine. The fact that Internet access providers fall outside the LGT regime, and are not regulated, leaves such providers completely dependent mainly on incumbent operator services, for both numbering (for dial-up Internet access) and access to customers (for provisioning of broadband “always on” access).

Because ISPs are not included in the LGT’s interconnection regime – therefore not benefiting from any of the principles disposed above or of any further unbundling legislation based on interconnection, and because ANATEL did not regulate the terms and conditions under which Value Added Services providers might have access to third parties telecommunications networks, it seems clear that ANATEL’s intention was to leave it to market self-regulation and private negotiations. However, to what extent would this be really effective?

At this point, it would worth it to make a hypothetical exercise. Let’s assume that one of the major telecommunications providers in Brazil, with ownership and control over more than 70% of all local access in its region, intends to provide broadband Internet access to its customers through the use of xDSL technology. Given that the provision of such services depends, basically, on the operation and control of a local access network, if this hypothetical operator is tempted to foreclose the market to competition, the following means would be available.

Regarding other telecommunication services providers benefited by the interconnection regime, the operator could deny the access or at least delay it for as long as possible by charging a high price for its provisioning, cross-subsidizing its downstream operation with earnings from other services²⁸, or simply alleging technical

²⁶ The local network remuneration is calculated with basis on the network usage tariff value established by the Agency and the duration of the call, being 30 seconds the minimum time for charge. Regarding calls transiting within local networks, an interconnection charge is due only when the total originated traffic in a determined direction is superior to 55% of the total local traffic exchanged between those networks (the “45/55” settlement).

²⁷ Art. 61 of LGT.

²⁸ Currently, Brazil’s two National and International Long Distance operators (Embratel and Intelig) are filing complaints before ANATEL regarding the cross-subsidy in local companies’ operations. Mainly, those companies are said to charge its own downstream operations a far

impossibility which would have to be contested before the National Regulatory Agency. Still, a lucky competitor characterized as a service provider of collective interest would eventually be granted access based on the interconnection rules. Nevertheless, at this point the time elapsed might have already irreversibly damaged the market.

Value added services providers would be in an even worse situation, given that they do not benefit from the interconnection regime. The only legal defence available to such providers would be the telecommunication users status. In this case, any attempt by the incumbent company to foreclose the market to such VAS providers would much easily be successful: from simple denial of services to the imposition of unfair conditions intended to make the prospect competitor dependent on the incumbent and reduce its competitiveness. The battle those companies would have to promote before a solution is reached could be too long in an environment where time and opportunity is intimately related to the success of an enterprise. The achievement of a fair unbundling in this situation, if left to the market itself to decide, would most probably result in damage to competition, and consequently to consumers' welfare. It is clear that if ANATEL intends to introduce a LLU that enhances competition in the broadband Internet access, in the case of only VAS providers either it might adopt a stronger policy protecting the interest of such companies, either it should make the LLU rules and benefits legally applicable to them.

From all the above exposed relating to the interconnection regime, the following conclusions could be taken:

- (1) The Network and Interconnection regime prescribed in the LGT and in the General Regulation on Interconnection should have been used by ANATEL to impose and enforce the unbundling of the Local Loop;
- (2) However, some additional regulation would be needed to specify which telecommunication operators would be subject to mandatory unbundling, and which would be entitled to request it;
- (3) Value added service providers would also require a specific rule if they are to be benefited by LLU;
- (4) The pricing issue would have to be assessed from a different perspective, since the standard interconnection rules would not be applicable in the case.

a.2. Competition Law and a few economic aspects

If the Interconnection regime was able to frame several different aspects of the mandatory unbundling, it would be ingenuous not to recognize that most of the principles and arguments that sustain the regime itself, and the Local Loop Unbundling, are based on competition matters. And in this case it is necessary to assess to what extent would the Brazilian competition law and system be able to enforce the local loop unbundling. Is it possible to enforce the unbundling of incumbents' local access on the basis of the Brazilian competition rules alone?

Generally, as infrastructure sectors that were operated and regulated in the past as a monopoly experience a process of change into a competitive environment, the entry of competitors in some segments must temporarily live together with other parts of the productive chain where the natural monopoly characteristics still exists²⁹. In this case, the great challenge of the regulator, and of the law as well, is to identify those still-monopolistic segments and combine the regulatory and economic tools available in order to make sure that competition is enhanced to the highest level possible. Examples of such persisting natural monopoly characteristics are the local access of a telecommunications network, gas pipelines, and railroad tracks.

smaller interconnection charge than the one imposed over its competitors; also, its regional long-distance services are being subsidized by earnings in the local service. In fact, the current CEO of Brazil's biggest local operator (Telemar) publicly admitted that cross-subsidy exists and all local companies practice it. ANATEL is currently under great pressure of all new-entrant operators and long-distance ones to modify some of the interconnection rules and specifically local interconnection charges.

²⁹ Possas, M.; Fagundes, J.; Pondé, J. L.; *Defesa da Concorrência e Regulação de Setores de Infra-estrutura em Transição*, 1998, available at www.ie.ufjf.br/pos/extensao/extensao.html See also Laffont, Jean Jacques, and Tirole, Jean; *Competition in Telecommunications – Munich Lectures in Economics*; 2000 MIT Press. P. 97, where it is stated: "The existence of complementarities is not unique to telecommunications or even to network industries. Indeed, it is pervasive in all industries. Most goods and services we purchase are bundles of various elements. A car comes with seats, radio, tires, and engine. In general, bundling adds economic value to the products. Economists are naturally preoccupied with situations in which it may not. They, as well as courts and regulators, have wondered whether competition on some segments can be preserved when another complementary segment is monopolized. Monopolization of the latter segment may stem from economies of scale or of scope, network externalities, innovation, or, patent ownership. In all cases the segment will be called a bottleneck".

In this process of change competition rules might be concerned with promoting the entry of new competitors, which means that its application should be made from both a positive perspective (allow entry to the market – a structural approach) and a negative one (impede or repress conducts – a behavioural approach). In such situation, the imposition of LLU obligation will work as an entry facilitator, but will have to be followed by a repression of what is called *vertical restrictive practices*³⁰, which tend to emerge in an ambiance of transition to competition when the incumbent operators are tempted to abuse of their dominant power in still-monopolistic areas.

The Brazilian competition law system (established by Law 8.884, from 11 June 1994) is concerned with the breach of the economic order. The essence of the system established by the law is set forth in its Article 20, which states that “*it is a breach of the economic order any form of act that has as its object or effect, regardless of culpability or results: (i) limit, twist or in any form jeopardize competition; (ii) dominate relevant markets of goods or services; (iii) arbitrarily increase profits; (iv) exercise an abuse of dominant position*” (free translation).

As it can be observed from this article, when it comes to the breach of economic order derived of an abuse of dominant position, the Brazilian competition system is mainly concerned with the exercise of “*a posteriori*” control of the acts of the economic entity. However, what is required in the LLU situation is the imposition of an obligation. This imposition will only be possible under competition rules if the absence of such obligation would constitute a breach of the economic order. It is an inverse analysis; the question to be asked from a Brazilian perspective might be: is the absence of the LLU a breach of the economic order?

Article 21 lists specific conducts that, when representing any of the hypothesis set down by Article 20, are considered as infractions. The list is a non-exhaustive one, and includes the following conducts, among others:

“*Art. 21. (...)*

.....

IV – to limit or impede new-entrants’ access to the market;

V – to impose difficulties to the constitution, operation or development of a competing undertaking, supplier, buyer or financer of goods and services;

VI – to impede the access of competing undertakings to sources of raw materials, equipments or technology, as well as to distribution channels.” (Free translation)

Although it is not the scope of this work to develop a deep economic analysis of relevant markets and dominant positions, the present work cannot go forward without some words on the matter.

In fact, although there is no study of the Brazilian telecommunications market available regarding its different sub-markets and relevant markets, one would find it very hard not to envisage the local access as constituting a relevant market in itself, and as an essential facility regarding the broadband Internet access market³¹.

Although still not very developed, Brazilian competition case law has already dealt with the essential facilities doctrine, and established that an asset constitute an essential facility “*whenever it is vital for the competitive feasibility of any economic agent, ie, if a company does not have access to this asset (which could even be an intangible one) it cannot effectively compete in a relevant market*”³². To be considered an essential facility it is also necessary that the duplication of such facilities by the new entrants is not possible or feasible³³ and that the controller of such assets is able to provide access to them.

³⁰ The LLU issue can give a clear example of a vertical restrictive practice. In possession of a facility that is not easily duplicated, and to which competition will not be effective for a certain period of time, incumbent operators tend either to simply deny access to competitors, either to delay such access for as long as possible by applying discriminatory and excessive conditions to such operations.

³¹ It has been previously discussed in this work the nature of the local access market. On the absence of a pure economical analysis, we will work with the classification of the local loop as a relevant market *per se* and as an essential facility to access a relevant market, according to the following split: if considering the telecommunications network market, the local access can be seen as one relevant market; if considering the telecommunications services market, then the availability of local access to the service providers is an essential facility. It was stated before that the LLU issue might be also dealt with within the call origination market under interconnection. See also n. 7, p. 7 above.

³² Ministério da Justiça, Secretaria de Direito Econômico, Process n° 08012.007285/99-78, Companhia Vale do Rio Doce - CVRD v Secretaria de Direito Econômico, p. 20. (free translation)

³³ This is the case of a natural monopoly situation presumed from the existence of economies of scale, relatively to the size of the market. The network externalities of a telecommunications network could be one example of such economies of scale inducing to a natural

Follows then, that for an asset to be considered an essential facility under the Brazilian competition rules, three main characteristics must be found: (a) it must be indispensable to the operation of the new-entrants services; (b) impossibility or impracticability of the duplication of the asset, and; (c) possibility of a shared use by the controller of the facility and its competitors.

Any conscious reader would find it clear then that the Local Loop would easily fit into the concept. Several times it was stated above that without proper access to the customer no telecommunications service provider is able to operate; the duplication of such local network is not economically feasible, or even reasonable, in the short and medium term; the deployment of the DSL technology allows the shared use of the local access without impairing the quality of the service provided by the companies.

The interesting point of classifying the local access as an essential facility is that this classification will impose over the facilities controller the obligation to share it with other competitors regardless of its position in the relevant market. In the judgment mentioned above, it is stated that it is illegal for a firm who **possesses** the essential facility to deny access to its competitors, or to allow the access only under discriminatory conditions. No mention is made to dominant position, although it might be a little bit too obvious that a controller of an essential facility is likely to be dominant in a market, if not enjoying already a monopolistic position.

However, giving the above statement a second thought, one would find that the application of competition rules in the LLU matter will face a new dilemma: it will be forced upon **any** operator in possession of **any** local access network, regardless of its market power. In this case, competition law does not allow the regulatory asymmetry necessary to guarantee that new-entrants enjoy a benefited position for a determined period to better face the incumbent's competition.

The reliance solely on competition law will also be dwarfed by the fact that it will be unable to deal with pricing and quality issues. It is not enough that competition law will impose non-discriminatory and non-excessive obligations upon operators; what is necessary in the case of LLU is a strict and specific method of pricing that can prevent cross-subsidization, technical parameters and standards that allow quality of services, and constant monitoring of market conditions in order to allow a swift deregulation process whenever possible. And this is recognizably not the job of competition law.

From the discussion proposed above, conclusion is taken that:

- (a) The Brazilian competition law system is able to enforce the unbundling of the local loop to the extent that the absence of such shared use would be considered a breach of the economic order, in the sense of Articles 20 and 21 of Law 8.884;
- (b) However, competition rules alone would be unable to furnish the system with the required regulatory asymmetry, as well as with the necessary price and quality rules, and *ex-officio* market monitoring.
- (c) A possible solution would be to group competition law, which mandates the LLU, with interconnection regulation, which would be able to establish quality parameters. However, specific rules would still be needed regarding pricing issues.

a.3. The "sui generis" obligation

Even admitting that competition and interconnection rules were able to provide regulators with tools to implement LLU, the truth is that *sui generis* rules were necessary to deal with some of the problems faced by both Regulators such as regulatory asymmetry, pricing and technical issues.

Following the market liberalization process, ANATEL edited in November 2001 the new rules regarding the expedition of authorizations for the provisioning of Switched Fixed Telephony Services (SFTS)³⁴. Those new authorizations are to be given to any firm interested in providing such services, subject to the compliance with the conditions established in the legislation.

monopoly situation. Although technological changes to the market have made such presumption obsolete for the services and most networks environments, the local access is still under such presumption.

³⁴ Annex to Resolution 283, from November 29, 2001, published in the Official Gazette on January 11, 2002. Available at www.anatel.gov.br

It was on the body and scope of such regulation that ANATEL implemented the Unbundling obligation. Article 10 of that legal document reads:

*“Art. 10. On the grounds of Art. 155 from LGT, the acquisition of authorization for the provisioning of the SFTS in the terms of this Regulation, **imposes to the Concessionaires and guarantees to the Authorized companies the use of the SFTS Concessionaires’ local and long distance networks**, given the maximum remuneration values fixed by Norm 30, approved by Portaria MC n° 2.506, from December 20 1996, until substitute regulation is edited in the terms of article 214 of LGT”* (Free translation; emphasis added).

The analysis of the mentioned article is straightforward, and not much time should be spent on it. As observed before, the obligation of unbundle was already prescribed either by Interconnection regulation, either by competition rules themselves. However, the relevance of this article is that it expressly imposes the LLU obligation upon the **incumbent** operators (the Concessionaires), where the authorized companies will have the right to demand it. The necessary asymmetry is then established.

In an attempt to cover all issues related to the unbundling problem, ANATEL moves forward in the article and includes a price determination. However, as it will be later analysed, this price determination is not likely to create fair conditions of competition on the local access, if that was the intention.

What will demand a specific analysis will be whether it is the Regulators intention to leave all other matters related to LLU to be self-determined on market negotiations or if it will be understood as a part of interconnection regulation. This question is relevant in the sense that quality issues are not dealt with in Art. 10 or in any other Article on the same regulation. However, if Article 10 were a part of Interconnection rules, then the quality standards and rules for interconnection (including those related to collocation) would be applicable.

For the sake of coherence with the legal system, and to the benefit of Brazilian operators, the recently implemented unbundling should be seen as an inseparable part of Interconnection issues and rules. This would release ANATEL from editing another legislation on the technical implementation of the shared access in a market approaching the over-regulation.

The inclusion of Article 10 in the Interconnection framework would also allow operators to use the defences therein available for LLU issues. In the absence of those specific remedies, operators would have lesser protection from incumbents’ abuses, being tied to long and formalistic processes of arbitration by the Agency.

The problems with this once celebrated Article, however, do not stop here. Along with the systematic interpretation briefly dealt with above, it will remain unclear the depth and the extension of the rule applicability. Regarding the depth, what is unclear is which kind of Unbundling is ANATEL trying to enforce. Was it the Regulator’s intention to enforce all three methods of Unbundling (bit stream, full unbundling and line sharing), or is this article a reference only to one of those possibilities (in which case, which modality)? Probably, the intention was to leave it to the market to decide alone.

The problem to leave it alone to market forces is that, as stated in the competition item above, we are dealing with an essential facility controlled by dominant (if not monopolistic) operators. The market power of those companies will effectively impede any fair negotiation for the simple fact that access is indispensable, and operators might need it to the point of accepting a less favourable option. This could in fact enhance the market power of the loop controller, and distort competition in the long run³⁵.

In the EU/UK the issue was solved via the simplest and more rational approach: through the definition of unbundling itself. According to the EC Regulation, “unbundled access to the local loop means full unbundled access to the local loop and shared access to the local loop”³⁶. Given that the bit-stream access amounts to a provision of service more than real disaggregation of network elements, it is then clear that under the EU/UK

³⁵ Clearly, incumbent operators will most likely try to impose the unbundling modality that will most attach the competing operator to its network and allow the incumbent to control the access. This is what usually happens in the case of the bit-stream access. One of the characteristics of the bit-stream is that, depending on the technology used to provide such services, incumbent operators are able to control the customer’s access to the competitor’s services and network, as well as allow them to access strategic information from the competitor.

³⁶ Article 2(e) of EU Regulation 2887/2000.

system all forms of unbundling are mandated. Instead of that, the Brazilian *sui generis* right fail to address the issue and creates another field for discussion by the incumbent operators, delaying the process even more.

If that was not enough, Brazilian new entrants are left with a question mark in place of an enforcement mechanism. Note that no penalty or enforcement measure is available in order to force incumbent operators to open their networks. There is no time limit to implement it, no penalty for delays, and no regulatory measure enabling new entrants to request the unbundling modality that benefits them. It sounds like a helpless right, and in fact it is. Incumbents are obliged to open their networks, but if they do not new-entrants will have to cry for help under the arbitration process of the Agency, or under a judicial measure, which takes time, money, are subject to questioning by the incumbents, and have already proved inefficient.

Regarding the extension of the right, we are left with the problem that interconnection rules were not able to solve: the value added service providers are still not entitled to benefit from unbundling. If considering the LGT model, interconnection rights and the prescribed unbundling of Article 155 were already available only to the providers of collective services. What ANATEL then did by including Article 10 in this specific downstream regulation was to apply the unbundling rights to an even narrower area: the SFTS providers. From now on, only those companies that acquire an SFTS licence under the new regime will be entitled the right to demand the disaggregation of the local access.

It would worth it to compare the Brazilian situation with the approach given to this most relevant issue by the UK Authority. Considering the provisions of the EC Regulation, LLU obligations are to be imposed only over Notified Operators. The concept of Notified Operators goes back to the Interconnection Directive 97/33/EC, where it was established a presumption of significant market power (SMP) whenever an operator has a market share of 25% or more of a particular telecommunications market, such assessment being made by each National Regulatory Authority under the competition rules for relevant market definition. Although the thresholds for the presumption are considerably lower than the one established by EC Competition case law³⁷, it guarantees that the application of such rules takes into consideration the actual market structure making it adaptable in the event of changes in such structure, whilst the Brazilian approach is likely to become obsolete if conditions of competition change over time.

If SMPs operators are obliged to provide open loops to its competitors, it was necessary to assess which competitors were entitled to request it. According to the EU Regulation, any “*third party duly authorized in accordance with Directive 97/13/EC or entitled to provide communications services under national legislation, and which is eligible for unbundled access to a local loop*”³⁸ shall be considered as beneficiaries of the local loop unbundling.

Considering OFTEL’s interpretation that the local loop constitutes a SNA under the Interconnection Directive³⁹, it can be concluded that in the UK operators with Annex II status under the same Directive have the rights to request it⁴⁰. In addition, the PTO licenses in the UK provide that **SNA can be requested by anyone providing telecommunications services under a license**: Annex II operators may request it under Condition 45; operators without Annex II status may request it under Condition 48; and anyone providing telecommunications services may request it from SMPs operators under Condition 53⁴¹. A lesson for the Brazilian regulators should be taken from here: if the target of LLU is to combat the “digital divide”, it is necessary that local access is made available to all those companies interested in operate digital, data and Internet access services. There is no sense in narrowing the area of application of LLU when the objective is to enforce competition primarily on the provisioning of services.

What we have, then, regarding the Brazilian *sui generis* right, is that if it solves the asymmetry issue, it also raises so many questions and allows so many different interpretations that it is reasonable to question whether ANATEL would not be better off by simply using the interconnection regulation as it was before. The point here is that if a *sui generis* regulation is not able to turn the regulatory environment easier to understand and

³⁷ According to *Akzo v Commission* ([1993] 5 CMLR 215) there is a presumption of dominant position whenever the market shares of an undertaking is 50% or above (the AKZO presumption).

³⁸ EU Regulation 2887/2000, Article 2(b).

³⁹ See “Access to bandwidth: shared access to the local loop” (OFTEL, December 2000), paragraph 1.8.

⁴⁰ Annex II of the EU Interconnection Directive defines the “organizations with rights and obligations to negotiate interconnection with each other in order to ensure community-wide services”.

⁴¹ “OFTEL Guidelines on Special Network Access”, (July 2000).

“competition friendly”⁴², then regulators should really consider the hypothesis of not including one more rule that could turn it into confusing and uncertain.

The short comparison proposed above clearly shows that, even in a system where competition rules and interconnection regime have reached a satisfactory level of development (such as in the UK), *sui generis* regulation can still be necessary to implement competition in those areas with market failure. In this case, what is necessary is a consistent set of rules able to give the operators the level of legal certainty necessary for the effectiveness of the measure. On the contrary, what was seen in the Brazilian approach was a confusing new sector-specific rule that, more than clarifying the issue giving operators a level playing field on the matter, just increased market and legal uncertainty.

The conclusions taken from the edition of Article 10 is that:

- (1) It solved the issue of asymmetry by imposing the LLU obligation over incumbent operators only, giving the new-entrants a right to demand it;
- (2) It established a maximum price for the local access, which could work in the beginning of the implementation, but which is unable to establish a transparency pricing process necessary to deal with abuse and cross-subsidy issues;
- (3) It raised the issue of whether the unbundling obligation will be subject to the other rules of the Interconnection regime or if it is a completely independent matter;
- (4) It is so far unclear whether all forms of unbundling are imposed, and what are the means available to the new-entrants to enforce it (if there is any at all);
- (5) VAS providers still do not benefit from unbundling rules, and remain dependent on incumbent operators for provision of Internet access;

b. The Pricing Issue

If from a legislative perspective the implementation of unbundling raises so many different problems, the situation regarding pricing will not be a different one. The importance of the pricing issue is that it is the structure of price formation and the regulators ability to enforce it that will guarantee that the unbundling of the local loop will achieve its objectives, which means, enhance competition.

Price regulation is usually a controversial matter, especially when directly related to implementation of competition. While some would find price regulation inefficient or even inappropriate in a competitive market, others would argue that the achievement of “perfect competition” would only be possible with a minimum standard of price control. What seems unquestionable, however, is that price regulation might be indispensable in a transitional period from monopoly to competition, especially relatively to still-natural-monopolistic areas⁴³.

Usually, price policies follow two different ways: (i) price regulation and control (mostly via direct price determination, where the regulator establish minimum and maximum values allowing in-between fluctuation), or; (ii) free fluctuation of prices, where regulators will only intervene whenever there is the suspicion of anti-competitive practices. Every price policy has its benefits and drawbacks, and it is the regulators' due to determine which of them would result in network efficiencies, incentives to investments with the consequent reduction of costs and facilitation of entry both in the infrastructure and services sector, at a reasonable regulatory cost. Generally, when faced with the dilemma of transitional highly regulated still-monopolistic markets, regulators tend to implement price regulation and control as a temporary path for future fully competitive environment. And this is not an easy task.

The difficulty related to price regulation is centred in costs determination. Prices determined way above costs, or below it, will frequently lead to competition and market distortions⁴⁴. A thorough allocation of costs is the key element to the achievement of a manageable price model.

⁴² Considering that such a thing as a “competition friendly regulation” is not a paradigm *per se*.

⁴³ See item b.2 above.

⁴⁴ We turn again to Laffont and Tirole: “High interconnection charges erect barriers to entry and maintain the incumbents’ monopoly position in their potentially competitive segments. They also may induce inefficient bypass or duplication of the incumbent’s bottleneck segments. Conversely, low interconnection charges may generate entry by inefficient entrants. They may also induce incumbents to foreclose access to their bottleneck and discourage them from maintaining and upgrading their networks. They may, furthermore, dissuade entrants from building their own facilities” (Laffont and Tirole, 2000, p. 99).

The problematic of cost allocation in relation to access price formation can be translated into two main factors: (i) cost-based rules require several detailed information, such as marginal costs related to services and elements of the bottleneck market, opportunity costs, market demand and its developments (in the case of forward-looking long-run incremental costs⁴⁵); (ii) enforcement of the pricing rule after its definition, which will in most cases require hard-handed regulation.

The EC Regulation determined that prices should be set on the basis of cost-orientation, but the NRA would be free to relieve Notified Operators from such obligation if it finds that the conditions of the market allows such approach⁴⁶. In the UK, for example, OFTEL opted to determine the price for the access and draw specific rules to ensure that prices were calculated accordingly to market conditions⁴⁷. Although it is still not possible to ascertain whether the UK price policy will be able to fulfil its objectives⁴⁸, what is certain is that OFTEL at least has the means to enforce a pricing policy. Unfortunately, the same cannot be said about the Brazilian approach, which is neither clear, nor sufficiently enforceable, let alone market driven, as we shall analyse below.

With relation to the Brazilian situation, ANATEL has chosen the direct price determination method. In fact, what it did was to establish a maximum price related to the use of the last mile. According to Article 10 of Resolution 283 mentioned above, the maximum values for the use of the concessionaires' local and long distance networks would be those fixed by Norm 30, approved by Portaria MC n° 2.506, from December 20, 1996, until substitute regulation is edited.

The price fixing method has the intention of, by establishing limits for price variation, prevent the abusive behaviour of a dominant operator relatively to new entrants. In this case, usually regulators establish both a maximum and a minimum price, in order to impede excessive pricing (in the first case) and predatory pricing and cross-subsidy (in the second one).

ANATEL's regulation determines only maximum prices. Any price fluctuation below those values would be permitted. The problem with this approach is that it might allow price distortions by incumbent operators, facilitating cross-subsidization. And this is not a mere ideological or theoretical problem: in fact, Brazilian local operators have been involved in judicial and administrative actions taken by long distance operators regarding the cross-subsidization issue relatively precisely to local interconnection charges⁴⁹.

Chosen the path of maximum price remains the question of how to establish such price. As stated before, the whole complexity of price determination lies in cost allocation and access to accurate economical information. ANATEL's problem then gets worse when it is observed that the criteria to set the actual price was not based on economic calculations considering the present structure of the market, information on costs and demands, and the possible developments of such market. What the Brazilian regulator did was to apply to one of the most controversial areas of competition on telecommunications obsolete values established before even the privatisation process to a complete different service: dedicated lines⁵⁰. Operators find themselves in an even more complicated situation because the calculation methods used by ANATEL to reach those values are not clear, and because a reasonable level of transparency on financial and economic information on the companies' operation is still not available.

The conclusion, straightforward, is that price distortions will be harder to identify, market failures may increasingly develop, regulators intervention will be difficult (since there is no enforcement measure available), and the Brazilian LLU model risk to flaw.

However, solution could be found if, by the edition of the to-be new LLU price regulation, ANATEL kept in mind some of the following basic principles:

⁴⁵ Or "Long-run Average Incremental Cost", where access prices are determined on basis of an efficient cost benchmark, as opposed to "backwards-looking cost-based pricing", which are based on the operators actual costs.

⁴⁶ Articles 3(3) and 4(4) from EU Regulation 2887/2000.

⁴⁷ See "Access to bandwidth: shared access to the local loop. Statement on the implementation of shared access to the local loop in the UK", OFTEL, December 2000, chapter 3.

⁴⁸ BT was recently target of criticism when it decided to cut down its prices on its new high-speed broadband Internet access, raising the suspicion of predatory pricing.

⁴⁹ And Brazilian interconnection pricing rules are also attached to a maximum price fixing structure.

⁵⁰ Note that Norm 30 is from 1996 (privatization of fixed telephony was held in 1998 and the duopoly licenses were granted in 1999) and is related to "Industrial Exploitation of Dedicated Lines".

- (a) Price regulation is key for the development of competitive environment, in the sense that it might incentive entry while promoting efficiency and investments. If in a monopolistic environment regulation is seen as a substitute for competition, and in a competitive environment competition regulation is supposed to protect it, in a transitional period regulation involves the *construction of a competitive environment*, in which case a forward-looking cost allocation and pricing policy would be appropriate;
- (b) Chosen the price regulation, due to the essential role played by information transparency and enforcement, specific regulation will be needed to allow effective control at least during the transitional period. Even risking a hard-handed regulation in a market claiming for de-regulation, it must be kept in mind that the local loop is mostly still under monopoly, in which case regulation is more likely to be required. Also, regulation will allow a more effective prevention of cross-subsidization, at least on an accounting basis⁵¹.
- (c) A market monitoring policy must be introduced, in order to swiftly move towards de-regulation whenever the conditions of competition allow the regulator to do so. It is still a most cherished view by most economists that free competition is the best mean to achieve consumer welfare, both in quality and prices.

III. Some lessons and final conclusions

From the above discussions, the following conclusions are proposed. Initially, the nature and the objectives of the local loop unbundling must be understood: it is by nature a temporary solution with the objective of promoting competition in one of the least (and last) competitive sectors within the telecommunications market.

The importance of a clear understanding of these peculiar characteristics of the LLU is that without it regulators risk to have a wrong approach, sabotaging its own efforts of introducing competition. At the present stage, regulation should be seen as a mode of promoting competition and entry, and to overlook this fact will create the damage of “regulate for the sake of regulation”.

In this sense, what is crucial for an efficient implementation of a LLU policy is that both operators and Agencies should regard the imposition as temporary. Of course, it must be kept in mind that the best competition is the facilities based one, and intervenient measures such as the LLU should subsist only where (for reasons of perennial market failures) network competition will not be feasible.

Indeed, the fact is that telecommunications networks and access should be seen as comprising a market *per se*, regardless of the services running through it. In this case, a regulatory policy would have to allow new entrants to share access for service provisioning (allowing even ISPs to have access to this last mile) while making it interesting for all operators to invest in their own local networks. Regulators cannot propose a model where the LLU sounds more as a penalty over incumbent operators for being dominant than as a potentially profitable business. Such distorted policy will make it difficult to control the incumbent’s attempt to by-pass the rules, and will not give – neither the incumbents, neither the new entrants, the incentive to invest in new access forms.

Of course, a consistent legislation should also take into account the possibility of changes in the market conditions. Especially in a market so much dependent on technological developments, legislators are not allowed to neglect the fact that new modes of local access are being developed and implemented, and that this can change the whole issue. Wireless local loops, cable, power lines, and numerous other possibilities are being developed, and if they are proved to be reliable and to fulfil the conditions for the provision of quality services, it is possible that the scarcity of local access will become increasingly a less important matter, in which case a de-regulation process should be put into place.

BIBLIOGRAPHY

- ANGEL, J. AND WALDEN, I., (Editor) ‘*Telecommunications Law*’, (London, 2001);
BUTTERWORTHS ‘*E-commerce and IT Law Handbook*’, (London, 2001).
DIPPON, C. M., ‘*Local Loop Unbundling: flaws of the cost proxy model*’,
Info 3(2): 159-171, April 2001.
EDMONDS, D., ‘*Access to the copper loop and availability of high
bandwidth services*’, *Info* 1(3): 213-217, June 1999.

⁵¹ As observed by Laffont and Tirole, cross-subsidization can occur both via accounting cost allocation (more easily identifiable through accounting checking) or managerial cost allocation (related to managerial decisions and internal resources allocation, which makes it more difficult to identify and prevent). Laffont and Tirole, 2000, p. 144.

- FRANCESCHINI, J. I. G., '*Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE*', (São Paulo, Brasil, 1998).
- HARRINGTON, D., '*Access for all? Spectrum auctions in the local loop*', *Info* 2(4): 351-353, August 2000.
- HERRERA, A., '*Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*', (São Paulo, Brasil, 2001).
- LAFFONT, J.J., AND TIROLE, J., '*Competition in Telecommunications*', *Munich Lectures in Economics*, (Cambridge, Massachusetts, 2000).
- NAFTEL, M., AND SPIWAK, L. J., '*The Telecoms Trade War: The United States, the European Union and the World Trade Organisation*', (Oxford, Portland Oregon, 2000).
- NIKOLINAKOS, N. T., '*Promoting Competition in the Local Access Network: Local Loop Unbundling*', *Eur. Competition L. Rev.*, 22(7), 266-280, 2001.
- OECD, (Editor), '*Trends of Change in Telecommunications Policy*', *Information Computer Communications Policy* (1987).
- POSSAS, M.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L.; '*Defesa da Concorrência e Regulação de Setores de Infra-estrutura em Transição*', (Rio de Janeiro, 1998) (available at www.ie.ufrj.br/pos/extensao/extensao.html)
- ROWE, H., '*Local Loop Unbundling – UK: The UK trade and Industry Committee report on local loop unbundling*', *Computer Law & Security Report* 17(4): 252-253, 2001.
- SANDBACH, J., '*Levering open the local loop: shaping BT for broadband competition*', *Info* 3(2): 195-202, June 2001.
- SCOTT, P., '*Access and interconnection*', *Info* 2(3): 229-234, June 2000.
- STEHMANN, O., '*Network Competition for European Telecommunications*', (Oxford, 1995).
- VINJE, T.C., AND KALIMO, H., '*Does Competition Law Require Unbundling of the Local Loop?*', *Journal of World Competition* 23(3): 49-80, 2000.
- WELLENIUS, B. AND STERN, P. A., (Editor) '*Implementing Reforms in the Telecommunications Sector: Lessons from Experience*', *The World Bank* (1996).
- WHISH, R., '*Competition Law*' (London, 2001).

COMPETENCIA DESLEAL Y SIGNOS DISTINTIVOS

Por: **Mauricio Velandia**

E mail: mauriciovelandia@mauriciovelandia¹

Introducción

Desde hace más de 10 años nuestro país entró en un sistema de apertura económica. Este sistema ha hecho que las empresas colombianas entiendan la necesidad volverse competitivas. Es así como las nuestras empresas se preocupan hoy en día por ser más eficientes y prestar un mejor servicio al consumidor. Esta situación no es ignorada por las empresas multinacionales que participan en nuestro mercado, quienes exigen reglas claras para su inversión.

De la eficiencia y del servicio ofrecido por cada empresa resulta la facultad que tiene un consumidor para elegir el bien o servicio que se acomoda a sus necesidades. Las empresas se esfuerzan por ofrecer un servicio competitivo que atraiga unos consumidores, los cuales a su vez se convertirán en clientes o potenciales clientes. Estos, son considerados la fibra y esencia para el desarrollo de cualquier empresa. Su patrimonio más valioso.

Permitir la libertad de participación de una empresa en un mercado, la libertad de escogencia para un consumidor, el respeto por la clientela de cada empresa, el comportamiento que debe ser observado por una empresa frente a sus competidores, son entre otros, los temas tratados por el denominado derecho de la competencia. Para este efecto, la ley brinda a las empresas la posibilidad de defenderse de ataques perpetrados por aquellos competidores o participantes de un mercado que individualmente o en conjunto imponen unas condiciones que desfavorecen a otras empresas, bien sea porque no los dejan participar libremente o porque tocan de cualquier forma el patrimonio más sagrado de una empresa, su clientela.

Lo anterior es la explicación para que hoy en día se hable del derecho de la competencia, con el cual el legislador ha buscado que tanto nacionales como extranjeros tengan claras las reglas de participación y los límites que poseen por la concurrencia a los mercados. Siguiendo esta directriz en la Constitución Política de 1991 se determina que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el año 1992 el legislador nacional determinó que en materia de competencia la actuación del Estado busca: mejorar el aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libertad de escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.²

Este escrito no pretende profundizar sobre temas del derecho de la competencia que ameritarían líneas y líneas. Tan sólo busca explicar de manera general la cercanía que existe entre el derecho de la competencia frente al tema de propiedad industrial. A través de este documento se explicará en primera instancia la conformación del derecho de la competencia, explicando los temas que lo conforman, así como los temas que están indirectamente relacionados a este derecho. Posteriormente se explicará de manera general el tema de competencia desleal, dando unos parámetros de aplicación. En última instancia, se presentará la forma como competencia desleal se convierte en una herramienta para defender los signos distintivos.

1. Conformación del derecho de la competencia

Existen en nuestro ordenamiento temas que hacen parte del derecho e la competencia y otras que tienen una cercanía indirecta con ese derecho. Veamos:

1.1. Materias contenidas en el derecho de la competencia

1.1.1 Prácticas comerciales restrictivas

Las prácticas comerciales restrictivas castigan aquellas conductas encaminadas a no permitir el libre desarrollo de la oferta y demanda. En un mercado normal, los resultados de las variables que lo conforman depende de

¹ www.mauriciovelandia.com

² Ver número 2 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992

ese libre juego de oferta y demanda, es por ello que a los participantes del mismo les está prohibido arreglar entre ellos conductas o desarrollar comportamientos unilaterales que alteran la dirección de un mercado o el comportamiento de sus variables, trayendo como consecuencia un límite a la competencia.³

Dentro de las prácticas comerciales restrictivas se encuentran las siguientes conductas:

a. Acuerdos restrictivos de la competencia

Comportamientos arreglados entre dos o más empresas que impiden el desarrollo libre de los mercados, imponiendo barreras de participación o fijando el resultado en las variables del mercado.⁴ Entre éstos encontramos: Acuerdos de precios, acuerdos de reducción de oferta, acuerdos discriminatorios, colusión en licitaciones, acuerdos de limitación en desarrollos técnicos, ventas atadas, acuerdos de repartición de mercados.

b. Actos restrictivos de la competencia

Estos comportamientos son adelantados unilateralmente por cada empresa. En este sentido es la conducta unilateral la que castiga la legislación de derecho económico. En tal suerte cabe la afirmación que no sólo las conductas arregladas son dañinas para un mercado, sino que también lo son aquellas conductas unilaterales que afectan los mercados. Dentro de los actos que son considerados restrictivos, se encuentran: la publicidad que infringe el estatuto de consumidor, siempre y cuando se afecte el mercado; la influencia de una empresa a otra para que la segunda aumente o disminuya los precios; y negarse a vender un producto a otro como retaleación a su política de precios.⁵

c. Abuso de posición de dominio

De acuerdo con el artículo 333 de la Constitución Política, el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. De esta manera se le brinda legalidad a la posición de dominio, castigando el abuso de la misma. Abusar de una posición de dominio significa utilizar la fuerza del mercado en beneficio propio, perjudicando a terceros que pueden ser competidores o participantes, alterando con ello las condiciones de libre participación.

Los supuestos del abuso de posición de dominio son: las ventas predatorias, la discriminación al consumidor o proveedor, la subordinación de bienes o servicios, la discriminación vertical al distribuidor, la ventas a precios diferentes en regiones diferentes.

d. Concentraciones jurídico-económicas entre empresas

El Estado dentro de su actividad vigilante de los mercados previene algunas situaciones que a su modo de ver pueden traer consecuencias no deseadas para la economía. Es por ello que las operaciones de concentraciones o uniones de empresas que participen en un mismo mercado deben ser informadas al Estado previa a la realización de la operación,⁶ para que éste a su vez pueda estudiar desde el punto vista económico sus consecuencias dentro del mercado relevante,⁷ abrogándose, incluso, la posibilidad de objetar⁸ o condicionar⁹ una operación entre dos o más empresas.

1.1.2 Competencia desleal

Competencia desleal no es una expresión que esté definida por nuestras normas. Sin embargo, en mi criterio, mediante este tema el legislador pretende que el funcionamiento y la concurrencia de las empresas a un mercado no se vean afectadas por comportamientos acompañados por una mala fe comercial, adelantados por

³ Según en número 10 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, las conductas de promoción de la competencia se aplican a todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica. Este número es el que sirve de base a la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar que estas normas se aplican a empresas del estado como a empresas particulares.

⁴ Los acuerdos restrictivos se encuentran regulados en una prohibición general y en unos supuestos enunciativos. La prohibición general esta contenida en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y los supuestos enunciativos están contenidos en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

⁵ Artículo 48 del decreto 2153 de 1992

⁶ Artículo 4 de la ley 155 de 1959

⁷ El mercado relevante está bien jurídicamente protegido por el Estado, es decir, es el intangible sobre cual va a recaer las consecuencias de la unión empresarial. El mercado relevante está conformado por un territorio, un bien principal, sustitutos perfectos, imperfectos, consumidores y los oferentes del bien principal y sustitutos.

⁸ Parágrafo 1 del artículo 4 de la ley 155 de 1959, concordante con el artículo 5 del decreto 1302 de 1964

⁹ Artículo 11 del decreto 1302 de 1964

empresas competidoras o por otras participantes, generando con ello una erosión paulatina o instantánea de la actividad comercial de un empresario. En sí, es el respeto y la responsabilidad exigida a los que participan en un mercado.¹⁰

Nuestra ley considera desleal: la mala fe comercial, la desviación de clientela, actos de desorganización, la confusión, el engaño, el descrédito, la comparación, la imitación, la explotación de reputación ajena, la violación de secretos, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas que reporte ventaja competitiva, los pactos desleales de exclusividad.

1.2. Materias cercanas al derecho de la competencia

1.2.1 Protección al consumidor

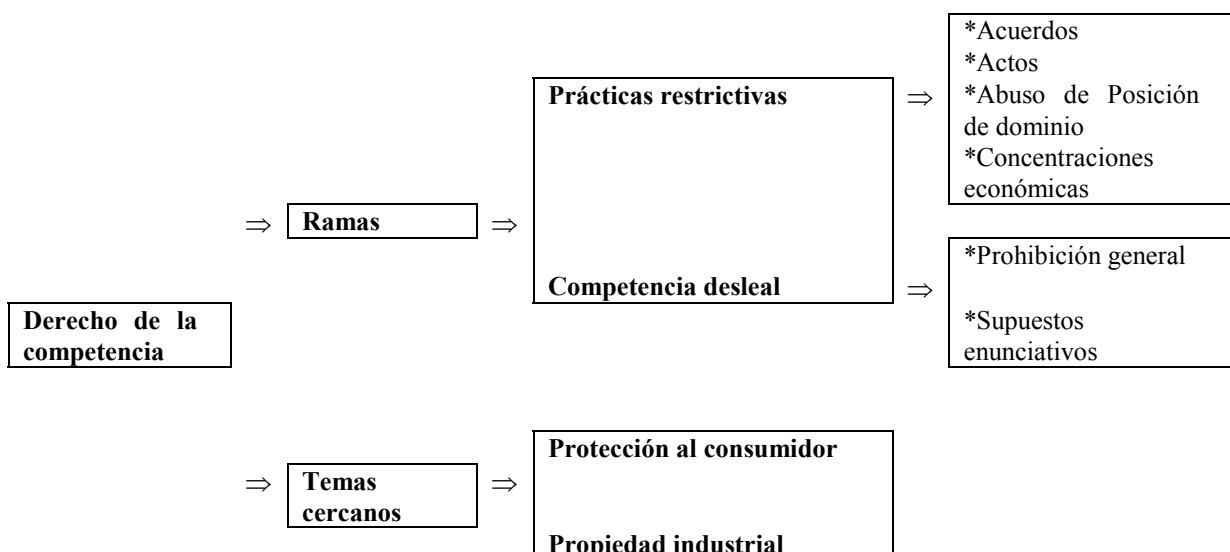
Una de las finalidades del derecho de la competencia es que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios. De esta manera, se busca que los consumidores puedan dentro de un abanico de posibilidades escoger la opción que más se acerca a sus necesidades. Para que esto se presente debe contarse con una oferta que sea cada día más eficiente y que de mayores beneficios a los demandantes del producto.

De funcionar la competencia en un mercado, el consumidor indirectamente se verá favorecido de una mayor oferta y los mercados a su vez tendrán cada vez un mayor desarrollo. Un ejemplo de la cercanía de la protección al consumidor y el derecho de la competencia está en el caso de la publicidad, lo cual en caso de ser engañosa deberá ser castigado como un acto restrictivo, si afecta el mercado; como desleal si no es ajustada a la realidad; y como atentatoria contra las normas de publicidad del estatuto del consumidor. De esta manera se ve la interacción y cercanía entre protección al consumidor y el derecho de la competencia.

1.2.2 Propiedad industrial

Señalaba que el derecho de la competencia busca la participación libre de los oferentes en un mercado. Para que esto pueda suceder, es decir, para que puedan llegar a un consumidor requieren distinguir o diferenciar sus productos de otros, es por ello que nacen los signos distintivos, otorgándole a cada empresario un derecho exclusivo para el uso del signo distintivo de su empresa. En este orden el uso de la marca, del nombre comercial, de la enseña, de las denominaciones de origen, son entre otros, derechos exclusivos de cada empresa. El derecho de la competencia se acerca a los signos distintivos ya que dentro de su regulación castiga cualquier conducta que haga uso de estos signos, prohibiendo la utilización de los mismos por parte de otra empresa. De ahí el vinculación indirecta entre los dos temas.

La siguiente es una tabla que grafica lo mencionado



¹⁰ Artículo 333 de la constitución política “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”

3. Competencia desleal

3.1 Concepto

No aparece definida la expresión competencia desleal en Colombia. Nuestro ordenamiento se limita a establecer unos supuestos fácticos que bajo su criterio son actuaciones desleales frente a un comerciante. En este sentido, la tarea que nos ocupa es establecer la definición natural de la expresión “competencia desleal” para entender el objetivo de la misma.

Para establecer una definición, se tomarán características y elementos contenidos en la ley 256 de 1996 que permiten acercarse a un significado. En tal suerte, se considera que competencia desleal agrupa aquellos comportamientos¹¹ malintencionados¹² adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado,¹³ cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa¹⁴ a cambio del fortalecimiento de otro,¹⁵ que no necesariamente debe ser el sujeto infractor.¹⁶

De esta manera, son muchos los elementos contenidos en la definición que se propone. Mencionemos rápidamente cada uno de ellos:

- **Comportamientos malintencionados:** Conductas o actos adelantados por personas naturales o jurídicas cuyo contenido es causar perjuicio a una empresa dedicada a la prestación de bienes y servicios. De tal suerte será un comportamiento malintencionado aquel que no observe el principio de buena fe comercial y, por ende, requiera una corrección en la conducta.
- **Normatividad imperativa que debe ser observada tanto por competidores como por cualquier partícipe del mercado:** Un cambio radical de la ley 256 de 1996 fue establecer que la deslealtad no fuese reprochable exclusivamente a los comerciantes, sino que también castigará las conductas de aquellas personas que sin ser competidoras de otra participan en el mercado con comportamientos malintencionados que causan perjuicio a empresas dedicadas a la actividad mercantil. Como es el caso del consumidor que sin fundamento desacredita a una empresa.
- **Debilitamiento o perjuicio a persona que participa o intenta participar en un mercado:** la legitimación es un aspecto primordial para la aplicación de esta ley, pues para iniciar una acción por competencia desleal debe la parte activa demostrar su interés legítimo. Es por ello que en la ley 256 de 1996 aparecen dos clases de acciones, así como las personas legitimadas para ejercerlas. Existe una acción preventiva del acto de competencia desleal donde se prohíbe la realización del acto y una acción declarativa, que sanciona y desmonta el acto desleal. En cuanto las personas legitimadas serán, la persona que demuestre un perjuicio, las ligas de consumidores y la procuraduría.
- **Beneficio propio o de un tercero como consecuencia de un acto de competencia desleal:** bajo el régimen de competencia desleal se castiga una conducta malintencionada, independientemente que la persona que la ejerza se vea favorecida con la conducta, puede incluso ser favorecido un tercero que no tuvo participación en la realización del acto desleal. Cabe mencionar que cualquier persona que hubiese contribuido al acto desleal es igualmente responsable frente a la ley.¹⁷

¹¹ Según el artículo 1 de la ley 256 de 1996, La presente ley tienen objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal

¹² De conformidad con el artículo 7 de la ley 256 de 1996, los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de buena fe comercial

¹³ En el artículo 3 de la ley 256 de 1996 se señala que, el régimen de competencia desleal se aplica a todos los comerciantes como a cualquier participante en el mercado. La aplicación de esta ley no se sujeta a la existencia de una relación de competencia.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 21 de la ley 256 de 1996 esta legitimado para iniciar una acción de competencia desleal cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal.

¹⁵ Se señala en el artículo 2 de la ley 256 de 1996 que los comportamientos desleales deben ser realizados siempre en el mercado y tener una finalidad concurrencial, según la cual el acto debe revelarse objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.

¹⁶ Tal como se menciona en el anterior pie de página, según el artículo 2 de la ley en comento, el acto debe favorecer a la persona quien realiza el acto desleal o a un tercero.

¹⁷ Artículo 22 de la ley 256 de 1996

3.2. Clasificación de los supuestos desleales

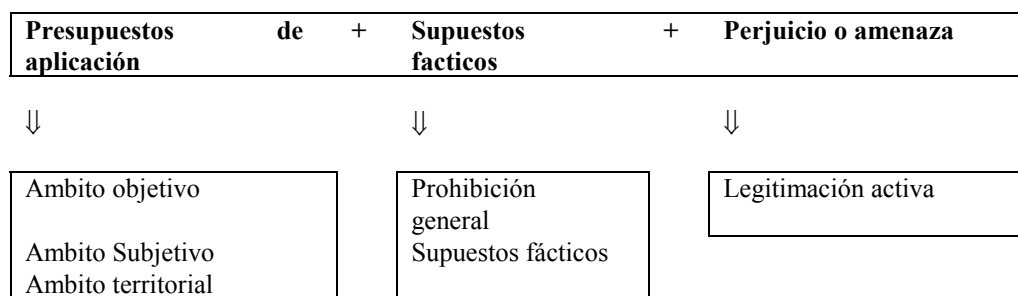
Dentro de la regulación contenida en la ley 256 de 1996 aparecen los supuestos fácticos que califican una conducta como desleal. Observando estas conductas encontramos que se pueden clasificar en tres grupos,¹⁸ así:

- Conductas que pretenden erosionar o debilitar a una empresa: El fin que se pretende con estos comportamientos es acabar con la actividad de un competidor. Dentro de estas conductas se encuentra, por ejemplo, los actos de descrédito, actos de desorganización, la inducción a la ruptura contractual, etc.
- Conductas que pretenden fortalecer a una empresa: Mediante estas conductas se pretende buscar un campo en el mercado adoptando posiciones desleales. Puede señalarse como parte de este grupo, entre otros, la desviación de clientela, explotación de reputación ajena, violación de secretos, imitación, confusión, engaño.
- Conductas encaminadas a permanecer en la mente de la parte demandante de un producto. Para estos comportamientos lo primordial es crear una imagen no acertada en la mente del consumidor. Básicamente esta forma se realiza a través de medios publicitarios.

3.3 Adecuación normativa de competencia desleal

Tal como se señaló, en la ley 256 de 1996 aparece contenida toda la regulación en materia de competencia desleal. De esta manera se describen los requisitos para que una conducta sea considerada como desleal. La unión o conformación de esos requisitos es lo que denominamos en este escrito “adecuación normativa”.

Para que se presente la adecuación de una conducta desleal debe presentarse la siguiente fórmula:



Los presupuestos de aplicación representan el escenario que debe tener una situación para ser investigada y reprimida como desleal. Para esto se exige un ámbito subjetivo, un ámbito objetivo y un ámbito territorial. Cada uno de estos ámbitos contienen una situación mínima para dar aplicación a la ley 256 de 1996, determinando, como se verá adelante, situaciones geográficas de mercado, idoneidad del acto desleal, calidades del presunto infractor.

El supuesto fáctico representa la descripción de la conducta reprochada por nuestras normas y castigada como desleal. Por tanto, en caso de adecuarse a una situación de hecho a la conformación de ingredientes fácticos estaremos en presencia de un comportamiento desleal.

La legitimación es el requisito por excelencia de procedibilidad. De tal suerte la ley 256 otorga esta facultad a personas que cumplan ciertos requisitos mínimos, así como a agremiaciones o entidades públicas que defienden intereses colectivos.

La unión de estos tres ingredientes permite la adecuación normativa de un mandato legal frente a unos hechos ocurridos o que están por ocurrir en un mercado

Veamos cada uno de los elementos:

a. Presupuestos de aplicación

Existe un escenario legal mínimo para que una conducta sea calificada como desleal. El escenario que anotamos está constituido por los ámbitos contenidos en los artículos 2 al 4 de la ley 256 de 1996. De esta

¹⁸ Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, México, 1993.

forma, la ley exige que se presente un ámbito objetivo, un ámbito subjetivo y un ámbito territorial. La presencia de estos tres ámbitos es absolutamente indispensable para la adecuación normativa, independientemente de se presente el supuesto fáctico de deslealtad.¹⁹

- **Ámbito subjetivo de aplicación**

Bajo este ámbito se establecen los requisitos exigidos al sujeto infractor del comportamiento desleal. Advierte este ámbito que la aplicación del régimen de competencia desleal rige no sólo a los comerciantes, sino a cualquier participante en un mercado. Entonces no solo es sujeto de esta ley alguien dedicado al comercio, sino cualquier otra persona que participe en el mercado. Nuestro código de comercio adoptó un criterio objetivo para calificar la profesión de comerciante. Según el artículo 10 del código en mención son comerciantes las personas que se ocupan profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. Por tal razón, se afirma que la diferencia de la actividad comercial con otras actividades está en la realización de actos mercantiles.²⁰ En tal suerte, nuestra doctrina considera que para poder calificar a una persona como comerciante deben sus actos afectar su patrimonio o que de ellos se derive algún provecho económico en su favor.²¹ Ahora, la expresión participante en el mercado no aparece definida en la ley, entonces para encontrar su alcance debería atenderse el significado natural de las palabras, según el cual la palabra participar aparece definida como “tener parte en un juego, concurso o negocio”.²² Entonces, participante en el mercado será cualquier persona que intervenga o haga parte en cualquier forma de la oferta, distribución o demanda de bienes o servicios de un mercado específico.

No obstante lo anterior, considero que el alcance jurídico de la expresión participante en el mercado se encuentra al interpretar de manera sistemática la ley, ya que en el artículo 22 de la ley 256 de 1996 se determina que las acciones de competencia desleal procederán contra cualquier persona cuya conducta haya contribuido a la realización del acto de competencia desleal, estableciendo que cualquier persona independiente a su naturaleza jurídica es sujeto de la ley de competencia desleal, sea comerciante o no comerciante.

Por último, dentro del ámbito objetivo se establece que para la aplicación del régimen de deslealtad no se requiere una relación de competencia entre sujeto activo y pasivo. Por tanto queda claro que no es requisito para demandar que el supuesto infractor se encuentre ofreciendo sus servicios en el mismo mercado del sujeto activo de la acción.

- **Ámbito objetivo de aplicación**

El Ámbito objetivo de aplicación de la ley de competencia desleal se encuentra contenido en el artículo 2 de la ley 256 de 1996. Según este mandato, es indispensable para que un acto sea calificado como desleal que se realice en el mercado y con fines concurrenciales.

Así, el ámbito está conformado por dos situaciones que se deben obligatoriamente presentarse: una, que la conducta se realice en el mercado y dos, que la conducta tenga fines concurrenciales. Que se realice en el mercado, considero, se trata que la conducta tenga trascendencia al exterior y no se quede internamente dentro de la mente del sujeto infractor. No significa lo anterior que los actos preparativos a un acto desleal no sean castigados, pues recordemos que existe la acción preventiva, en la cual se evita la realización de una conducta prohibiendo la misma.²³ De esta manera la conducta presuntamente desleal tiene que haber sido exteriorizada y no quedar en pensamientos.

En cuanto a los fines concurrenciales, se establece en la ley una presunción legal en la cual se presume concurrencial cuando la conducta se revela objetivamente idónea para mantener o incrementar la participación propia o de un tercero dentro de un mercado. Considero que esta presunción no es la única forma de encontrar la finalidad concurrencial del acto, pudiendo ser probada mediante cualquier otro tipo de situación. En lo personal creo que, el fin concurrencial se determina si la conducta que se investiga es apta para promover o

¹⁹ En el último inciso del artículo 16 de la ley 256 de 1996, en el cual se encuentra el supuesto desleal de violación de secretos, aparece una excepción a la presencia imperativa de estos ámbitos

²⁰ De la Torre Madrillan, Principios de Derecho Comercial, Editorial Temis, Bogotá, 1990

²¹ En el artículo 13 del código de comercio se establece que se presume que una persona ejerce el comercio cuando se halle inscrita en el registro mercantil; cuando tenga abierto un establecimiento de comercio; cuando se anuncie como comerciante.

²² Diccionario Enciclopédico Básico, Plaza & Janes

²³ En el artículo 20 de la ley 256 de 1996 aparecen las acciones declarativa y preventiva

asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias a de las de un tercero.²⁴ Es decir, la finalidad del acto debe ser que el infractor o un tercero puedan concurrir a un mercado valiéndose del desarrollo de ese acto malintencionado. El acto debe ser apto para permitir esa concurrencia desleal en el mercado.

- **Ámbito territorial de aplicación**

El ámbito territorial se refiere a las consecuencias de una conducta dentro del mercado colombiano, independientemente el lugar donde hallan sido desarrolladas las mismas. Según el artículo 4 de la ley 256 de 1996, el régimen de competencia desleal se aplica a los actos cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano.

De tal suerte en materia de derecho internacional privado se adopta un criterio unilateral de conexión, consistente en que cada mercado afectado conoce del acto de competencia desleal. El punto tratado entra en discusión cuando se observa que en la norma se menciona la ley se aplica a los actos *cuyos efectos principales tengan lugar en el mercado colombiano*. Que debemos entender con esto: competencia preponderante de país donde se producen principales efectos. En mi criterio, considero que cada país es autónomo en iniciar una investigación siempre y cuando lo que se investigue sea una consecuencia que ocurrió en el mercado soberano. Entonces cada país guarda soberanía, limitando su investigación a los efectos ocurridos dentro de su ámbito territorial. De tal suerte, nuestra nación debe ser soberana al momento de establecer si los efectos de la conducta tienen sus principales consecuencias en el mercado colombiano.

De esta manera en el artículo se establece una premisa general, la cual genera a su vez muchas hipótesis. Veamos:

- Un acto realizado en Colombia que no tiene efectos en el mercado colombiano pero sí en mercado de otro país
- Un acto realizado en Colombia que tiene efectos en el mercado colombiano
- Un acto realizado por fuera de fronteras con tiene efecto en el mercado colombiano
- Un acto realizado por fuera de fronteras sin efectos en el mercado colombiano

De esta manera sólo serán investigadas las conductas que tengan efectos en nuestro mercado, independientemente donde se gestan bien sea en nuestro territorio o por fuera de él. Ahora bien, si la conducta no tiene efecto en Colombia y fue desarrollada en nuestro país, no podría ser castigada como desleal por nuestras normas. Lo mismo ocurrirá con la conducta gestada en el extranjero y que no sobrepase nuestras fronteras.

b. **Supuesto fáctico desleal**

El segundo elemento de la fórmula de adecuación normativa está compuesto por los supuestos fácticos de competencia desleal. Anotaba que la sola presencia de una conducta que encuadre en el supuesto fáctico de deslealtad no puede ser calificada independientemente como desleal, pues requiere la presencia de los ámbitos de aplicación mencionada en el punto anterior y de la legitimación activa, sobre la cual se tratará adelante. En este punto se explicará la ubicación legal de cada uno de los supuestos desleales, sin profundizar sobre los elementos de cada supuesto, lo cual quedará pendiente para otro documento.

El legislador de 1996 encontró la necesidad de regular de manera general las relaciones existentes entre los comerciantes dentro de un mercado, pero se percató que la competencia es una materia que brinda derechos y responsabilidades no sólo a comerciantes sino a todos los que tienen intervención en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales. Por ello diseño un catálogo de supuestos fácticos encaminados a prohibir y sancionar conductas sobre las cuales presume la deslealtad.

A continuación se mencionará el catálogo establecido por nuestro legislador para este efecto:

- **Prohibición general**

No todas las formas de deslealtad podrían ser plasmadas en la ley, pues se corre el riesgo de dejar por fuera algunas no previstas al momento de legislar o porque el desarrollo de los mercados también puede crear nuevas formas o modelos de deslealtad. Atendiendo lo anterior, en el artículo 7 de la ley 256 de 1996 fue

²⁴ La ley 256 de 1996 tomo como referencia la ley de competencia desleal de España, contenida en la ley 3 de 1991. Dentro del preámbulo de esa ley se determina que el acto es concurrencial si su finalidad es promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Esta referencia es importante pues se encuentra ubicada en lo que nosotros llamamos exposición de motivos. Documento que sirve al interpretar para determinar el alcance de una ley.

establecida la prohibición general de competencia desleal, por medio de la cual se descalifican los comportamientos de comerciantes que no observen el principio de buena fe comercial.

Por ser este un escrito dirigido a encontrar el comportamiento del régimen de deslealtad por el uso de un signo distintivo, no se explicará la mecánica y alcance de la prohibición general, sin dejar de mencionar que esta prohibición permite el estudio de cualquier comportamiento que no encuadre dentro de los enunciativos que adelante se mencionan.

- Supuestos enunciativos

Los supuestos enunciativos están conformados por los comportamientos sobre los cuales el legislador consideró una presunción de deslealtad, siempre y cuando se presenten rigurosamente los elementos mínimos contenidos en cada supuesto fáctico desleal.

Es muy importante tener en cuenta que cada mandato enunciativo representa una presunción legal establecida por nuestro legislador, en donde cada enunciativo presenta los elementos que deben concurrir para ser operante la presunción y calificar así un comportamiento como desleal. Sobre el particular debe observarse el régimen de presunciones en donde nuestro código civil anuncia que las presunciones legales admiten prueba en contrario. Lo relevante de esta parte, es entender que los supuestos enunciativos representan presunciones legales y que el legislador se tomó el trabajo de señalar en cada uno los elementos que se deben cumplir para que opere la presunción, dejando la carga de la prueba para el denunciante y salvaguardando para el denunciado la prueba en contrario.

Los supuestos desleales contenidos en la ley 256 de 1996, son los siguientes:

- Actos de desviación de clientela²⁵
- Actos de desorganización²⁶
- Actos de confusión²⁷
- Actos de engaño²⁸
- Actos de descrédito²⁹
- Actos de comparación³⁰
- Actos de imitación³¹
- Explotación de la reputación ajena³²
- Violación de secretos³³
- Inducción a la ruptura contractual³⁴
- Violación de normas³⁵
- Pactos desleales de exclusividad³⁶

En cada uno de estos supuestos aparecen contenidos los elementos para hacer operante la presunción que se comento.

- Deslealtad de los administradores

Dentro de la ley 222 de 1995 se incluyeron los deberes de los administradores. En los deberes aparece para un administrador como falto de lealtad participar directa o indirectamente en el capital de una empresa dedicada a la misma actividad donde el es administrador, a no ser que cuente con autorización de la junta directiva de la sociedad donde presta sus servicios.³⁷

²⁵ Artículo 8 de la ley 256 de 1996

²⁶ Artículo 9 de la ley 256 de 1996

²⁷ Artículo 10 de la ley 256 de 1996

²⁸ Artículo 11 de la ley 256 de 1996

²⁹ Artículo 12 de la ley 256 de 1996

³⁰ Artículo 13 de la ley 256 de 1996

³¹ Artículo 14 de la ley 256 de 1996

³² Artículo 15 de la ley 256 de 1996

³³ Artículo 16 de la ley 256 de 1996

³⁴ Artículo 17 de la ley 256 de 1996

³⁵ Artículo 18 de la ley 256 de 1996

³⁶ Artículo 19 de la ley 256 de 1996

³⁷ El antecedente de esta ley se encuentra en la ley 155 de 1959

Es este un supuesto especial a los administradores, contenido en la ley 222 de 1995.

c. Legitimación activa

En las disposiciones contenidas en la ley 256 de 1996 aparece un requisito especial de procedibilidad, como es la legitimación activa, exigida a quien interpone una acción por competencia desleal. Con este elemento se terminará de explicar los elementos de la adecuación normativa.

En el artículo 21 aparece contenida la legitimación activa. Dentro de esta norma se señala que cualquier persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado, cuyos intereses se vean amenazados o perjudicados por lo actos de competencia desleal está legitimada para iniciar las acciones de competencia desleal. Así mismo se establece que, además están legitimados para accionar: las asociaciones o gremios; las asociaciones de consumidores; la procuraduría general de la nación.

Son muchos los puntos a tratar:

- Persona que participe o demuestre su intención de participar en el mercado
- Bajo este precepto fáctico volvemos al concepto de participante en el mercado, entendido como toda persona que interviene en la oferta, demanda o distribución de bienes y servicios dentro de un mercado determinado.

Ahora bien la legitimación se otorga a quien participe o quien demuestre su intención de participar, es decir, comerciante o no comerciante. Para entender el concepto de participante recordemos lo que se señaló al explicar el ámbito de aplicación de esta ley. En mi criterio considero que el verdadero ingrediente de legitimación se encuentra al observar que la ley exige que ese participe o próximo participante posea unos intereses económicos que resulten perjudicados o amenazados adelantado por el presunto infractor. Por tanto, existe un condicionamiento especial para que opere la legitimación, que consiste en demostrar que existe un perjuicio o una amenaza, ya que sin estos elementos estaremos de una persona sin legitimación, lo cual significa en términos legales que no está habilitado para presentar una acción por competencia desleal.

Dentro de este grupo estarán los consumidores individualmente considerados, los oferentes de un producto, los distribuidores dependientes, distribuidores independientes, productores y todo aquel que tenga participación en el mercado.

Un avance importante haber dejado atrás la hipótesis legal según la cual era necesaria una relación de competencia entre los sujetos en contienda en una demanda de deslealtad. Hoy no se exige esa relación de competencia entre sujeto activo y pasivo, por lo tanto debe afirmarse que la legitimación activa no la otorga la relación de competencia, sino el perjuicio o amenaza a los intereses económicos de un participante en el mercado como consecuencia de un acto desleal adelantado por otra persona.

- Asociaciones o corporaciones profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros
- Asociaciones que tengan como finalidad la protección al consumidor, en la medida que se afecte de manera grave y directa los intereses de los consumidores
- El procurador general de la nación en nombre respecto de aquellos actos que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

Las últimas tres personas legitimadas representan intereses colectivos. Entonces se presentan como legitimados los miembros de una agremiación de comerciantes, las asociaciones de consumidores y por último, el procurador en nombre de toda una nación. La característica principal de estos legitimados es que existe un condicionamiento especial para que se de esta legitimación, y es que los intereses de sus miembros se vea gravemente amenazado o perjudicado. Por ello, considero que estas personas están legitimadas sólo si se presenta esta calificada consecuencia. Si no se cuenta con esa situación, la asociación, agremiación o el procurador no tendrían la legitimación establecida en la ley, la cual no nace en virtud de la conformación de la asociación o de nominación a un cargo, sino de la especial situación de gravedad por un comportamiento, la cual, dicho sea de paso, en caso de faltar, deja legitimado solo a la persona individualmente perjudicada, es decir bajo el primer caso de legitimación explicada, donde no se exige la calificación de gravedad.

Con esto se culmina la explicación de los tres elementos para que se presente la adecuación normativa: ámbitos de aplicación, supuestos fácticos de deslealtad y legitimación activa.

4. Signos distintivos y competencia

4.1 El posicionamiento de la marca

Los productos son los lazos que unen a la empresa y al consumidor. La marca es una expresión o una señal cuya finalidad es identificar el producto para diferenciarlo de productos rivales. Desde el punto de vista del consumidor la marca le garantiza una calidad uniforme cuando vuelva a adquirirlo.

En todo proceso de compra los consumidores adelantan en su mente un análisis de las marcas reconocidas y adquieren la mejor imagen que tengan de ellas. Si el producto cumple con sus expectativas esta persona repetirá la compra del producto cuando nuevamente lo necesite.

En este sentido la entrada al mercado puede ser la situación más difícil para una empresa, pues debe cambiar la imagen que tiene un consumidor de productos que ya se encuentran gravados en su memoria, emprendiendo la tarea para repositonar la competencia.

Lo que se ha comentado se denomina el posicionamiento de una marca. Para que este fenómeno se presente, los expertos en mercadeo han explicado que todo producto recorre un camino antes de estar posicionado:

Se parte de una etapa de **desconocimiento**, pues los consumidores ignoran el nuevo producto. La empresa emprende la labor de **conocimiento**, involucrando campañas publicitarias que permitan al consumidor conocer las características del producto, intentando dejar gravada en su mente una expresión que permita diferenciar el producto frente a otro. En respuesta a la publicidad, siempre y cuando esta sea efectiva, el mercado despierta **interés** sobre el producto.

De acuerdo al interés creado, el consumidor **prueba** y compra por primera vez, obteniendo su propio criterio sobre el bien. Este es el verdadero momento de la empresa en el mercado. Si es aceptada por el consumidor, es decir, satisface la necesidad del consumidor, éste deja de ser un simple comprador y pasa a convertirse en un cliente, quien en adelante mantendrá una **fidelidad** hacia la marca.

Las anteriores etapas son necesarias para hablar del **posicionamiento** de las marcas, lo que se traduce en el reconocimiento que hace una mercado a las características de un producto, así como al nivel de aceptación que tiene éste en su clientela, lo cual permite estar seguro de unas calidades mínimas que han sido frecuentes, las cuales se comprueban por la fidelidad en la compra.

Ahora, el posicionamiento debe ir acompañado de una profundización en el mercado, organizando estructuras de distribución que permitan asegurar la presencia del producto dentro del mercado.

Estos aspectos nos llevan a donde queremos llegar: en el posicionamiento y profundización de la marca la empresa invierte anualmente grandes cantidades de dinero. Desde la etapa de mercadeo, donde determina lo que necesita el consumidor, agregando determinada calidad e idoneidad a sus productos, pasando por labores de publicidad, canales de distribución, servicios postventa, y hasta estudios de aceptación del producto, son labores que involucran dinero para las empresas y seguridad para los consumidores.

Cuando terceros no autorizados utilizan en sus productos los signos de otros, actúan por fuera de la ley, aprovechándose del esfuerzo alcanzado por otro dentro del mercado, emprendiendo fortuna sobre una expresión que nos les pertenece, rompiendo la seguridad y confianza que los consumidores tienen sobre su producto preferido. Es decir, son piratas de signos distintivos.

4.2 Consecuencia de mercado

En la medida que exista una variedad de marcas dentro de un mercado, de la misma manera existirá, de manera directa, una multiplicidad de calidades y precios para escoger. Por ello, lo más importante en una economía es la entrada de nuevos productos al mercado.

La piratería marcaria es la falta de confianza en lo propio, lo cual resulta fatal para un mercado. Las nuevas empresas pueden crear su propio producto y marcarlo con determinada expresión, capturando su propia clientela. Sin embargo, deciden el camino más corto, como es tomar una expresión posicionada y marcar sus productos con esa denominación sobre la cual otro tiene el derecho.

Lo perjudicial para el mercado es que, de una parte, se engaña al consumidor sobre la verdadera adquisición de una calidad y conjunto de características, y por otra, se trata de un producto nuevo que no entra a ser una opción para el mercado, pues se denomina igual que uno ya posicionado, es decir, no existe aumento en el abanico de marcas a escoger, con riesgo de ocurrir todo lo contrario, pues la marca pirata, al no contar con controles de calidad, puede desacreditar la imagen que tiene el consumidor sobre la verdadera, lanzando por la borda todo el esfuerzo de posicionamiento de marca implementado por la empresa.

4.3 Acciones de competencia desleal

Como se expresó, competencia desleal agrupa los comportamientos malintencionados desarrollados por personas que impiden que una empresa adelante su actividad comercial. Existen intangibles que son de propiedad de una empresa a través de los cuales ésta graba en la mente del consumidor un nombre o la identificación de una expresión con un producto que ella fabrica. En esta parte del ensayo trataré de explicar algunos supuestos que pueden ser adecuados a situaciones en las cuales se esté usando un signo distintivo de un empresario el cual se encuentra amparado en la ley, aclarando que en cada caso particular tendrá que analizarse la situación, pues puede presentarse la adecuación de los mencionados a continuación o de otros no tratados. Lo siguiente es tan solo un ejercicio práctico.

En primer lugar no debe olvidarse que en cada caso debe tenerse en cuenta la necesidad de contar con los ámbitos de aplicación y la legitimación explicada, a fin de encontrar la adecuación normativa requerida.

a. Explotación de reputación ajena

De conformidad con el artículo 15 de la ley 256 de 1996 se considera desleal el aprovechamiento de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En el mismo sentido se considera desleal el empleo no autorizado de signos distintivos o de denominaciones de origen falsas o engañosas.

Son dos los supuestos fácticos contenidos en el artículo en comento. En la primera parte, aparece contenida la general de explotación de reputación ajena, diferenciando claramente la reputación industrial, la reputación comercial y la reputación profesional. En la segunda parte del supuesto, aparece la presunción legal por uso de signos distintivos.

Observemos que lo que se repudia de manera general en la norma es la explotación de una reputación adquirida por otro. Aquí, el bien jurídico tutelado es ese, es decir, el reconocimiento favorable que tiene un comerciante dentro del público. En mi criterio, la situación planteada en la primera parte del artículo difiere de la segunda, por ello, afirmo, que una es la general de explotación de reputación ajena y, la otra, es la particular de explotación de reputación ajena.

Por ser diferentes los dos supuestos contenidos en la norma, la conformación de ingredientes para su adecuación normativa también lo es. En el primero, es primordial probar una reputación existente dentro de las tres que se comentan en el artículo, es decir, profesional, comercial o industrial. Deberá adicionalmente demostrarse la explotación de esa reputación por parte de otro, por cualquier medio apto para ello. En la segunda, estamos en presencia de una presunción legal, en donde cumplida la situación prevista por el legislador habría lugar a declarar la conducta como desleal, sin la obligación para el perjudicado de probar la previa reputación que él tenía en el mercado con el signo distintivo y dejando a salvo la posibilidad del denunciado para desvirtuar la falta de existencia de esa reputación en el mercado.

Por tanto, la reputación es un elemento que debe debatirse en los dos supuestos, pero si estamos en presencia del supuesto particular de uso de signos distintivos, no es del demandante la carga de la prueba sobre la existencia de su reputación, pues la ley la presume.³⁸ Así, está en cabeza de la parte demandada el desvirtuar esa presunción.³⁹

³⁸ Según el artículo 66 del código civil, "si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes

Por ser este un escrito dirigido sólo a la parte de signos distintivos sólo se tratará el artículo ajustado a ese tema, aclarando que la explotación de reputación puede presentarse por casos diferentes al uso de esos signos.

En ese orden de ideas, en la adecuación normativa de explotación de reputación ajena por uso de signos distintivos estudiada bajo la óptica del segundo supuesto de explotación, deberá probarse:

- Derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo
- Uso por parte del demandado de un signo idéntico al registrado o al usado con legítimo derecho por parte del demandante

No obstante lo dicho, se recomienda, en caso de contar con ello, prueba de la reputación, pues en la medida que se le den mayores argumentos al juzgador este podrá tener mejores elementos sobre la situación.

Ahora bien, si el signo distintivo usado es parecido pero no idéntico, no se adecuaría al primer supuesto que estamos comentando. Pensaría que llegado ese caso debería tratarse bajo el primer supuesto de explotación de reputación ajena, combinándolo con el supuesto fáctico de imitación,⁴⁰ pretendiendo probar una imitación de signo y como consecuencia de ello, una explotación de reputación ajena. Veamos lo que debería probarse para la adecuación de esta hipótesis:

- Derecho que posee el demandante sobre un signo distintivo
- Imitación del signo por parte del denunciado
- Uso del signo parte del denunciado
- Reputación del demandante en el mercado

Como se observa es mas exigente la adecuación normativa de la ultima hipótesis frente a la primera.

b. Imitación

De conformidad con el artículo 14 del régimen de competencia desleal la imitación de prestaciones mercantiles e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por la ley.

El contenido del artículo está compuesto por tres incisos más, que para los fines de este documento no serán tratados por no tener relación con el uso de signos distintivos.

Como se puede observar del contenido de la transcripción de los dos primeros incisos del artículo 14 de la ley 256 de 1996, en nuestro país la regla general es que la imitación de prestaciones es libre. De tal manera, los participantes del mercado están autorizados para copiar iniciativas de otro, sin que lo anterior tenga consecuencias desde el punto de vista comercial para quien plagió. Ahora bien, la regla general tiene una excepción legal, según la cual, se otorga un trato especial a los derechos o prestaciones sobre las cuales se tiene un amparo en la ley. De esta manera, atendiendo que existen bienes o intangibles sobre los cuales nuestras normas de propiedad industrial han otorgado un derecho exclusivo de uso, el régimen de competencia desleal reprocha tomar como referencia un signo o derecho que se encuentra en poder de otro.

Cabe recalcar que la imitación desleal no agrupa la copia idéntica de un signo distintivo con otro, pues esa situación se adecuaría a la presunción de explotación de reputación ajena explicada en el punto anterior. Bajo el supuesto de imitación comentado se sancionan los rasgos parecidos pero no idénticos entre dos signos.

En conclusión tenemos que en nuestro país es de manera general permitida la imitación, pero si se trata de la imitación de signos distintivos amparados en la ley, se castiga como desleal esa conducta. Para que opere este supuesto se requiere probar:

- Derecho sobre un signo distintivo
- Rasgos en los cuales guardan semejanza o parecido dos signos distintivos

o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias"

³⁹ Recordemos que una de las características de los signos distintivos es la distinción y diferenciación con otros. Entonces podría alegar el demandado que esos signos no distinguen al empresario por que el no tiene reputación en el mercado

⁴⁰ La imitación de iniciativas amparadas en la ley esta prohibida por las leyes colombianas

- Uso de ese signo parecido por parte del demandado

c. Descrédito

En el artículo 12 de la ley 256 de 1996 se señala en uno de sus apartes que es desleal cualquier tipo de práctica que tenga como objeto o como efecto desacreditar las prestaciones, actividades o establecimiento de otro.

Así como el régimen de deslealtad castiga el uso de un signo ajeno para apropiarse de la reputación adquirida por otro en el mercado, también el mismo régimen castiga la situación contraria a la reputación, es decir, cuando con el uso del signo ajeno se acaba con el prestigio del titular del derecho. En este orden de ideas la imagen favorable que alcanza un empresario en la mente de los consumidores, con el uso de un nombre comercial o de una marca, esta siempre en riesgo cuando un tercero no autorizado los usa.

El problema se presenta de manera especial cuando el producto, marcado con una expresión parecida o idéntica a la usada legítimamente por otro, no cumple con las condiciones de idoneidad y calidad exigidas por la ley o tenidas en cuenta por el verdadero titular del derecho sobre el signo distintivo, desacreditando así al empresario y a la marca.

Sin embargo, para que opere el descrédito anotado, debe partirse de la confusión por parte del consumidor acerca de la procedencia de los productos o del empresario, ya que si tiene diferenciada la procedencia mal podría desacreditarse, pues ya se conoce su verdadera procedencia. Pero, otro es el caso cuando sí se logra probar que la intención del presunto infractor era desacreditar. ya que en esta situación no se requerirá la confusión previa del consumidor.

En este caso el sólo uso del signo distintivo no es suficiente, pues es necesario que se pruebe la intención de desacreditar o el verdadero descrédito sufrido en el mercado.

d. Desviación de clientela, Engaño y Confusión

Existen otros supuestos desleales que pueden presentarse como consecuencia de la imitación o de la explotación de la reputación ajena por el uso no autorizado de signos distintivos. Tal es el caso de la desviación de la clientela, la confusión y el engaño.

Estos tres supuestos podrán ser alegados en la medida que exista concomitante con ellos una imitación o el uso del signo distintivo como tal.

- Se presenta desviación de clientela si el consumidor cree que está comprando la verdadera marca. En este caso los consumidores confunden la verdadera procedencia del producto y la empresa pierde un cliente para ese negocio.
- Se presenta engaño cuando el empresario infractor hace caer en error al consumidor alegando que ese es el producto original y la marca auténtica.
- Se presenta confusión cuando para el consumidor no es clara verdadera procedencia del producto

De esta manera, desde el punto de vista desleal, un comerciante tiene un régimen que le permiten defenderse de terceros que abusivamente usan un signo distintivo sobre el cual se tiene un previo derecho de uso. En la ley 256 de 1996, aparte de los supuestos comentados parecen herramientas que permiten que el acto desleal sea rápidamente erradicado del mercado, como son las medidas cautelares de 24 horas, las cuales serán tratadas en una próxima entrega.

COMPETITION LAW AND COMPETITION POLICY: WHAT DOES EGYPT REALLY NEED?¹

By: Ahmed Farouk Ghoneim²
e-mail: aghoneim@gmx.de

Non-technical Summary

The article raises a provocative question which is whether a developing transitional economy like Egypt needs a competition law or a competition policy or both. Applying a new institutional economics (NIE) approach, the article proceeds by posing this question, while distinguishing between competition policy and competition law. The NIE approach emphasizes the fact that the absence of incentives among the major stakeholders in designing the competition law is a crucial element in explaining why the competition law cannot be effective if adopted in Egypt. This is complemented by the absence of an effective “collective action” among other beneficiaries from such law. The study proceeds by arguing that the competition law, despite important, is just one pillar among other important pillars necessary for having an effective competition policy. Due to the weakness of the whole institutional infrastructure governing competition in Egypt and the absence of other major pillars for an effective competition policy combined with the absence of incentives among major stakeholders and fragile collective action among other beneficiaries, the author emphasizes that the adoption of a competition law at this stage will not be effective. In other words, benefits arising from enacting a competition law at this stage are oversold. The paper then proceeds by arguing that the first best approach is to strengthen the other major pillars of competition policy before enacting the competition law. If the second best approach of enacting a competition law at this stage is adopted, then there are certain aspects that have to be taken in consideration in designing and implementing this law to make it as effective as possible. After discussing the major loopholes in the current draft, the paper provides some general guidelines to be adopted. Such guidelines include building the right political and institutional support, emphasizing the policy advocacy role of competition authority, adopting a simple and progressive piece of legislation, etc. The study concludes by emphasizing that what is needed is a full comprehensive reform for the competition law to be fruitful. Any piecemeal reform in this field is not likely to bring significant positive results.

Abstract:

There is proliferation in the number of developing countries worldwide adopting a competition law. The evidence available indicate that they face sever problems in implementing competition laws. This paper addresses the question of whether Egypt is in need of adopting a competition law. The paper differentiates between competition policy and competition law. Adopting a new institutional economics approach, the paper concludes that Egypt is in definite need of a competition policy. When it comes to competition law, then given the absence of incentives among the major stakeholders for implementing such law and given the weak institutional infrastructure that Egypt currently has, then emphasizing the need for having a competition law at this current stage is oversold.

Introduction:

Adopting a competition law by different countries, especially developing and transitional economies has experienced an unprecedented growth in the 1990s. In October 2001 there were more than 90 countries with competition laws (WTO, 2001, p. 34). However, the degree of success of enforcing competition law in the majority of developing countries was relatively low, where the overall existing institutional environment prevented those countries from enjoying the benefits of such law (see for example, Stewart, 2001). Competition policy and competition law have been always used in a wrong way to refer to same thing, mainly competition law—a fact that has been neglected as a major element in explaining the failure of competition laws to succeed. This article investigates whether a developing transitional economy like Egypt is in need of a competition law, and if the answer is yes then what kind of competition law is likely to succeed in achieving its objectives, given the overall weak institutional environment. After this introduction, section one provides the theoretical framework of the paper using a new institutional economics (NIE) approach. Section two then applies the theoretical framework to the competition policy in developing countries. Section three moves to the Egyptian economy identifying the status of different industries and gives an overview of the complexity of institutional environment currently prevailing. Section four poses the question whether Egypt is currently in a need to adopt a competition law identifying the costs and benefits from adopting such law. Section five concludes and provides some policy implications.

¹ An earlier version of this paper was presented at the ERF 9th Annual Conference held in Sharja, UAE, 26-28 October 2002

² Assistant Prof., Faculty of Economics & Political Science, Cairo University, Deputy Director, Center for Economic & Financial Research & Studies (CEFRS), Advisor to the Minister of Industry on Foreign Trade Issues. The views presented in this article are confined to the author and do not represent by any means the views of any of the affiliations mentioned.

Section One: The Theoretical Framework: A New Institutional Economics Approach

In this section we concentrate on three main issues: The importance of institutions in developing healthy market economies; the sequence of institutional building and reform; and finally the NIE approach in explaining how institutions are formed.

The Importance of Institutions in developing Healthy Market Economies:

There is an overall consensus that institutions are needed to support markets function properly. According to the World Bank Development Report, “Institutions support markets by helping to manage risks from market exchange, increasing efficiency and raising returns hence reducing the transaction costs arising from inadequate information, incomplete definition and enforcement of property rights” (World Bank, 2001, p. 5). There is as well an overall agreement that there is no “one size that fits all” kind of institutions and hence institutions that fit developed economies are different from that that fit the economic environments of developing countries (World Bank, 2001; Hoekman 1997; World Bank and OECD, 1998; Hoekman and Holmes, 1999). Hence, it can be safely argued that developing countries experiencing transition to market economies are indeed in need of new forms of institutions that are not necessarily those adopted by industrialized countries and that are needed to ensure the well functioning of their infant market economies. This leads us to ask a question of what sequence of institutional building should be adopted?

Sequence of Institutional Building and Reform:

The ultimate goal of institutional reform in developing countries is fairly clear. That goal can be described as creating a market-friendly environment, with supportive government services that ensure its well functioning. But agreement on this ultimate goal does not resolve the crucial issue of how to get there. One way to frame this question is in terms of sequencing.

It is generally agreed that there are clear steps to follow in order to arrive at the right sequence. The first step is to *recognize inadequate institutions* that need to be tackled.

This means asking which institution is missing or not working properly. After identifying the areas that need institutional building, the next question to be asked is what *functions* are needed from the new institutions to perform. In general, institutions that support market transitions perform three functions: smoothing information asymmetries (that is ensuring that all market participants have access to reliable information), defining and enforcing property rights and contracts, and regulating competition (Islam, 2002). Finally, we should concentrate on the *relevant institutional design or structure* that fits with the overall institutional environment prevailing in the economy. The heterogeneity of the content of those three steps across different countries led NIE theorists to conclude that there is no blue print for institutional development across all countries. In other words, there is no agreed upon sequence of institutional development (Islam, 2002; Clague, 1997) and that each country should follow the steps identified above following its own priorities and taking in consideration the differences in constitutional orders, cultural endowments, and inherited institutional arrangements – the facts that imply that institutional reforms are certainly path dependant. However, there has been a shared observation by a number of experts that strengthening the government administration and/or civil society is a cornerstone for the success of any institutional reform and should be implemented at the early stages without delay (Clague, 1997).

The NIE approach underlines the need for incentives to undertake reform. This is contrasted with other approaches as standard “institution free” neo classical approach and the “incentive free” social engineering approach (For more elaboration see Clague, 1997). The NIE emphasizes that what is required are reform strategies based on a careful understanding of the incentives facing actors in the current situation and on an examination of different alternatives for changing the institutional equilibrium (Clague, 1997).

A NIE Model of building Institutions:

After agreeing on the steps to build institutions and taking in consideration the differences among different countries in identifying their own priorities for institutional reform we provide a simple demand supply model that describes the evolution of institutions.

Once it is decided what type of institution is required, we need to reach the right decision and building consensus for reform. This requires investigating both the demand and the supply sides. For some institutional reforms, the demand is already there; for others, various groups might need to be convinced; and still for others, there is neither opposition nor support. The demand for institutional change is normally made either by agents who expect that new arrangements will provide them with better opportunities of capturing gains that are lost under

existing arrangements (greater efficiency), or by actors dissatisfied by the current distribution of income or wealth. Important factors motivating the demand for institutional change are “relative product and factor prices, the law making process, level of technology, and the size of the market. (Zaki, 1999, p. 22).

On the supply side, institutions are created by principals (political rulers, or the owners of resources) to govern their relationship with other principals and with their agents (citizens, bureaucrats, employees, etc.) and that these principals are motivated to create institutions that maximize their individual utility. Policymakers need to be aware of the incentives the new institutions will create— that is, the rewards and penalties for not complying with new rules and regulations— which will be heavily influenced by the kinds of institutions that exist already (for a similar argument see Islam, 2002). The factors that influence the calculus of the political decision makers will include their vision and knowledge, and the expected costs of designing and implementing the new institutional arrangements— which in turn depend on “getting the factor prices right”. These include the costs of the required physical and human infrastructure) required for the design and implementation of the new institutional reforms. It is worth mentioning here the complexity of this issue since institutional change never occurs in vacuum. It alters the impact of existing laws, so identifying the groups or individuals the new institutions will affect is crucial. Hence, “getting the prices right” is not confined here to the monetary value, but to the cost of the terms of alternative choices (of institutional arrangements) available in the social, political and economic domains (Zaki, 1999, p. 24).

Integrating the demand and supply sides together imply that the pressure of a competitive market as suggested by North (1991), “is the most viable mechanism for selecting the most efficient economic institutions, forcing out those that fail to perform in a utility maximizing way”. The market’s competitive pressure will select socially beneficial forms of economic organization, regardless of the intentions of the actors. If, instead, the creation of institutions is left in the hand of any dominant actor— such as the state, or a cohesive self dominant class— the product will be institutional rules that will give that actor a strategic advantage vis a vis other actors, regardless of how socially sub optimal the outcome of these institutions may be. In sum while demand pressures are important, taken alone they are insufficient to explain the path of institutional change. Consideration of the political economy is essential, and the political and economic costs and benefits to the ruling elites are the key to explaining the nature and scope of change. (Zaki, 1999, p. 25).

Section Two: Applying the Theoretical Framework for Enacting a Competition Policy in Developing Countries:

With most developing countries experiencing a transitional state to market economies, the need for a competition policy is indispensable. The breaking up of state monopolies and the privatization waves require a complementary institutional infrastructure that is able to ensure a healthy competitive environment (see for example, World Bank, 2001). The diagnosis of a typical economy in transition identifies clearly the need for a competition policy. In many cases, the lack of the required competitive environment is a result of the government policies that prevent markets from being contestable (free exist and entry), impose different restrictions that preserves monopolistic situations, etc (see for example, World Bank, 2001; World Bank and OECD, 1998). But a crucial aspect of embarking on adopting a competition policy is identifying its functions and its design. Here the complexity of the issue starts to arise. In many cases, the governments of developing countries are not clear of the functions of the competition policy they are willing to adopt. In most cases, the functions are spelled out explicitly in their competition laws identifying efficiency enhancement, or public interest, and/or other objectives as the main objective. The design of the competition laws (and not competition policies) are put in line with the identified objective. But competition policy is a much wider and deeper concept than competition law. According to Khemani and Dutz (1995), “Competition policy ... is defined in the broad sense as consisting of two parts—one which is commonly referred to as antitrust or competition law and the other, which compromises micro industrial policies such as tariff and non-tariff policies, foreign direct investment, unnecessary government intervention in the market place and economic regulation designed to prevent anti competitive business practices by firms. Both parts of the policy impact on economic agents in the market place”³. The main problem with developing countries is that they mix both together. The situation ends up by the failure of their competition laws to implement their objectives of competition policies.

³ Another definition following Hoekman and Holmes, 1999: National competition *law* can be defined as the set of rules and disciplines maintained by governments relating either to agreements between firms that restrict competition or to the abuse of a dominant position (including attempts to create a dominant position through merger). Competition *policy* has a much broader domain. It comprises the set of measures and instruments used by governments that determine the “conditions of competition” that reign on their markets. Antitrust or competition law is a component of competition policy. Other components can include actions to privatize state-owned enterprises,

Part of this failure can be explained using the NIE model adopted above. The main emphasis in the NIE has been on “incentives” which motivate both the demand and the supply sides to create the welfare maximizing kind of institution. Moreover, often governments are concerned with the design and efficiency of the new institutional tool, while the building up of the political support among the different stakeholders lags behind (Lamy, 2001). Looking at the status of many developing countries in their transitional phases reveal the following facts: the substantial presence of governmental monopolies; the entrenched interest of several key businessmen in preserving the monopolistic situations after privatization and; the absence of consumer moves and awareness. In other words there is absence of incentives to change the status quo. Those three factors are enough to explain why competition laws end up as a failure in enacting a fully fledged competition policy. The reason is that the law is often tailored to allow for exceptions and those exceptions are often not shielded from political interference and key interest groups’ influence. Even if the law is rightly implemented, the other cornerstones of a successful competition policy are missing and hence a competition law can never alone succeed in achieving its ultimate aim of enhancing the competition policy (for an extensive elaboration of the absence of other cornerstones of competition policy, see World Bank 2001). Stating it differently, the developing countries adopt some kind of a piecemeal reform, whereas for the success of establishing the right kind of a competitive environment what is needed is a comprehensive reform (for a similar argument though used in another context see Hoekman and Messerlin, 1999).

Section Three: The Case of Egypt:

Egypt has embarked on a comprehensive economic structural reform program since 1991. Commonly referred to as the Economic Reform and Structural Adjustment (ERSAP) program that has been implemented in collaboration with the World Bank and IMF, the reform program tackled a wide range of issues related to policy and institutional reform. The main objective of the program was to transform the economy into a market economy and cure the major imbalances that the economy faced in the 1970s and the 1980s. The reform program has been appraised by the international institutions in correcting a number of major imbalances in the Egyptian economy (IMF, 1998). However, the sustainability of reform remained skeptical. Moreover, insurance of a full competitive business friendly environment was never achieved. The following anecdotes identify the lack of the expected competitive environment.

The privatization program in Egypt has suffered lately from a number of delays. Moreover, a number of the privatized companies remain “semi privatized” where the government still owns the lion’s share in their capital. The size of the state owned enterprises remain large by developing countries’ norms (World Bank, 1995). The tariff and non tariff barriers remain substantial. The inflows of FDI remain constrained by various bureaucratic and red tape measures. The labor market lacks the competitive institutional pillars that ensure full flexibility. Box 1. identifies the lack of competition in some key service sectors.

Box. 1.

In Egypt the lack of competition in services that facilitate trade reduces the gains from the liberalization of merchandise trade. Only Egyptian nationals are allowed to engage in the business of importing, which clearly reduces competition in distribution and competition in domestic markets. Also, the lack of competition in the provision of port services in Egypt, which are provided by public companies, has resulted in handling and storage fees 30% higher than in neighboring countries, which have broadly similar quality of services. There is also no competition in maritime shipping in Egypt which is monopolized by a state owned firm. According to a 1994 survey, the cost of shipment and handling in Egypt of a standard container was 20 to 30% higher than in the nearby countries of Jordan, Syria and Turkey (World Bank, 2001, p. 145).

Moreover, there are a number of regulatory measures that impede competition and are not tackled by competition law but rather related to trade facilitation: Examples include the technical standards which are predominantly related to food products, engineering goods, and consumer products. The majority of those national standards have no equivalence to international standards. For instance according to the latest WTO Trade Policy Review Report, there were around 1,000 standards in Egypt, of which only 25 to 30% are in

deregulate activities, cut firm-specific subsidy programs, and reduce the extent of policies that discriminate against foreign products or producers. Often the competition policy stance of a government may be determined in part by the international treaties it is a party to, including e.g., regional integration agreements. A key distinction between competition law and competition policy is that the latter pertains to both private and government actions, whereas antitrust rules pertain to the behavior of private entities (firms). (Hoekman and Holmes, 1999)

conformity with international standards (WTO, 1999). Other measures include quality control measures where for example Egypt raised the number of imported products subject to quality control measures from 69 in 1992 to 182 in 1998. While such measures are necessary to ensure minimum health and safety standards, they may have been applied in a discriminatory fashion depending upon the use of the imported items (Zarrouk, 1999, p. 4). Other examples include the cumbersome administrative customs procedures where the average customs clearance transaction in Egypt requires 25-30 stages and takes from one day to several weeks (Zarrouk, 1999, p. 4).

To sum up, it is clear that Egypt lacks the competitive environment that allows competition to be enhanced and creates the required business friendly environment. Tables 1, and 2 identify the status of two key industries in the Egyptian economy where mergers and acquisitions have lately increased. Other observers asserted that the Egyptian economy has experienced lately a large number of mergers and acquisitions that could have not been properly investigated and could have negative anticompetitive effects where the number of mergers and acquisitions reached more than 90 cases in different sectors in the last five years despite the slow down of the Egyptian economy (see for example, Ali- El Dean and Moheildin, 2001, p.3; Al-Ahram newspaper 03/09/2002). But the question is whether the government and the major key stakeholders are in favor of adopting a comprehensive competition policy? To answer this question we need to check three issues, namely:

- The incentives of the government to create this competitive environment
- The incentives of business stakeholders to attain the similar objective
- The role of the consumers

Table 1. Market Share of Local Steel Rebar Producers, 2000

Supplier	Production in (000) tons	Market Share
Ezz Steel	1147	27.5%
Alexandria National Iron and Steel	1375	33.2%
Ezz-Dhekhila (EZDK)	2522	60.7%
Int'l St. R.M.-Beshay	275	6.6%
Kouta Group	360	8.6%
Dela Steel	91.8	2.2%
Menouefya Steel	46	1.1%
Al-Said Steel	50	1.2%
Suez Co. Al-Koumy	82	2.0%
Ayyad Rolling	36	0.9%
Misr Iron & Steel	24	0.6%
Sarhan Steel	0	0.0%
Egyptian Iron& Steel	56.2	1.3%
Al-Temsah Steel	24	0.6%
Egyptian Copper Wk	34.2	0.8%
Al-Arabi Planet Sharkawi	33	0.8%
Egyptian Metal Hatem	80	1.9%
National Metal Ind.	16.9	0.4%
Total	3731.1	89.65%
Imports	440	10.55%

Source: EFGH-Hermes Report (2001)

As can be identified from table 1., there are 17 players in the local steel industry.

In October 1999, Al-Ezz Rebars acquired a controlling stake in Alexandria National Iron and Steel Company, the largest steel producer in Egypt. It acquired 28% of the company. Al-Ezz's purchase has enabled it to enlarge its share of the Egyptian steel market to 69%. EZDK's objective is to maintain its dominance over the Egyptian steel market share by holding on to its increasing market share. Moreover, Alexandria National Iron and Steel Company board of directors appointed Mr. Ahmed Ezz joint chairman and managing director of Al Ezz steel and Alexandria National Iron and Steel Company. The move was an attempt to consolidate both companies fully. The brands of the two companies have been entirely unified as both companies produce rebars under the name EZZ-Dekhila and use the same sales force.(EFGH-Hermes, 2001). Turning to our initial point of enacting a competition policy in the field of steel industry we find that there are several entry barriers to the steel industry in Egypt. Firstly, quality steel production requires sizeable capital. Secondly, local capacity exceeded

consumption in 2000. Moreover, the fact that the new merger makes a single company controls almost 70% of the total local market seriously discourages new players from attempting to enter the market (EFGH-Hermes, 2001)

Steel prices have a tendency to be fairly elastic. However, the new merged company ,69% market share, combined with the fact that the company is a quality steel producer, give it a considerable flexibility when setting prices. The difference in price between the steel produced by the merged firm and the other market players reach 10% with the merged firm prices normally at the higher end of the market (EFGH-Hermes, 2001).

The Cement Industry has seen recent moves of acquisitions as well which raised the share of one firm (Suez Cement) to 28% after buying Tourah in the year 2000. Table 2. identifies the different market shares of local cement producers in Egypt.

Table 2.: Market Share of Cement Producers in Egypt in 1999

Company	Market Share
Suez Cement	14%
Tourah	13%
Suez and Tourah	28%
Assuit Cement Co. (CEMEX)	13%
Helwan Cement Co.	11%
Egyptian Cement Co. (ORASCOM)	12%
Amreyah Cement Co. (CIMPOR)	9%
National Cement Co.	11%
Beni Sweif Cement Co. (Lafarge)	5%
Alexandria Cement Co. (Blue Circle)	3%
Misr Beni Sweif Cement Co.	0%
Misr Cement Qena Co.	0%
Sinani Cement Co.	0%
Total Domestic Supply in 1999 (22.5 million tons)	100%
Total Demand in 1999 (26.7 million tons)	
Imports	0%

Source: (EFGH-Hermes, 2001)

Other sectors have experienced several mergers and acquisitions (both horizontal and vertical) in the fields of the audiovisual sector which created an intensive need among the groups affected to call upon the government for enacting a competition law as they saw it as the panacea that can solve their problems (Ghoneim, 2002). Other sectors are experiencing similar developments. For example, the wood industry suffers from dominant position in the wholesale distribution (Ahram El Iksady, No. 1746, 2001). Indeed, the size of the private sector, through privatization, has increased significantly in Egypt. According to Ali El Dean and Mohieldin 2001, it is now responsible for 66% of total investment and 72% of GDP (Ali El Dean and Mohieldin, 2001, p. 23).

It is clear that the government is rather pushed to enact a fully comprehensive competition policy which arises from the international institutions' pressures. The lax willing of the government to embark on an effective trade policy (see El-Mikawy and Ghoneim, 2002) raises the question of what are the objectives behind having a protectionist trade policy and whether the government uses trade policy as a tool to redistribute income or to shield its state owned enterprises (SOEs) from foreign competition or whether other vested interests were able to convince the government of its lax trade liberalization. Hence, the incentive of the government to enact a comprehensive competition policy is absent even though, willingness to enact a competition law has been raised since 1995 where the first draft was ready and have pending for approval by the Parliament since 1997.

The business community in Egypt is divided into various factions with conflicting interests. They are mainly divided into industrialists and importers. While the former would like to see some kind of special tariff protection for domestic industries, importers and agents of foreign manufactures wish to do away with all such privileges. The matter is further complicated by the fact that domestic manufacturers wish to exclude from such protection imported inputs needed for their operations— an exemption which is of course strongly opposed by domestic producers of such imports (Zaki, 1999, p. 132). The resolution of such conflicts requires collective action, which entails sacrifices on the part of certain groups and individuals. But there is no incentive for the

members of the business community to change the status quo. The free rider problem inhibits the cohesion of capitalist, even when facing potential threats to their class from other social forces. (Zaki, 1999, p. 132). The greater involvement of the industrialists (versus importers) in the decision making process (37 businessmen are now members of the Parliament) shows that the government has started to take in consideration their interests. However, as identified by some observers such greater involvement of businessmen in the decision-making process has not precluded the state from acting unilaterally at its discretion, sometimes against business interest in pursuit of its own goals (Zaki, 1999, p. 136). Other commentators have argued that the lax consideration of enacting a competition law in Egypt was because of the pressure coming from the private sector which feared the enacting of such law for several reasons (Ali El Dean and Moheildean, 2001)⁴. In other words, the absence of effective collective action that calls for a comprehensive competition policy complemented by the lack a clear transparent framework for lawmaking in Egypt was translated in the absence of incentives on interested parties in calling for a full comprehensive effective competition policy.

Consumers in Egypt can be described to have no role in enacting competition policy. There is no law for consumer protection, consumer protection NGOs are weak and have no significant role in policy advocacy and they lack collective action initiatives.

Hence, it can be safely argued that the three main stakeholders in enacting an efficient competition policy lack the incentives to create such a policy. The role of the affected groups from the lack of competition has been strengthened lately, however they are not strong enough and myopic in believing that a competition law can cure their ills.

Section Four: Does Egypt need a Competition Law:

Before answering the main question of whether Egypt is need of a competition law we have to differentiate between competition policy and competition law. Certainly every economy is need of a competition policy that enables the business environment to flourish according to fair set rules of competition. Hence, Egypt is no exception when we argue that it is in need of a competition policy. The various anecdotes cited in *Section Three* assert the fact that Egypt lacks many important aspects of an effective competition policy. But this does not answer the question of whether Egypt needs a competition law or not? Observers that have discussed the case of Egypt were divided into two main groups. Some argued that Egypt is in need of a competition law while others argued against adoption of a competition law at the current status of the economy.

Among the first group were Ali-El Dean and Moheildean (2001) who fell in the same mistake of mixing up competition policy with competition law. They concluded that Egypt is in need of competition law but posed the question of what kind of competition law will be suitable for Egypt⁵. Others who argued in the reverse direction asserted that Egypt should not embark on adopting a competition policy before taking in consideration its anticipated costs (again probably mixing up competition policy with competition law) . According to Aranson (1999), "Egypt should not embark upon the enactment of a competition policy without serious consideration of its anticompetitive consequences. As Noll and other have argued, a nation open to foreign trade need not fear market power or its alleged effects. Where local monopolies or cartels persist, they more likely arise from government regulation and the political construction of entry barriers than from normal market forces".

In trying to answer the question of whether Egypt should adopt a competition law or not we have to emphasize that competition law is just one element of a full comprehensive competition policy which embraces a large number of institutional and policies that can either support or adversely impinge the application of full comprehensive competition policy as identified in Box2.

⁴ According to Ali El Dean and Moheildean, 2001, p. 27: "The issuance of a competition law has been facing some resistance, this time not from the state but from the private sector, that has various concerns regarding this law, such as:

1. Fear of government intervention in a new form under the notion of protection of competition.
2. Possible abuse of the law by particular firms, that may use it, unjustifiably top charge competitors with unfair trade practices.
3. The law will cover only registered firms, leaving informal activities and smuggling intact.
4. Those that will be responsible for implementing the law may not have sufficient knowledge of the idiosyncrasies and peculiarities of particular segments of the market.

⁵ Just implementation of the law may be hindered by corruption and profiteering"

⁵ Following this point of view is that of some members of the WTO where it was mentioned that "Experience had shown that it was important to introduce competition policy at an early stage of development because, particularly in the context of privatization, monopolies and other anticompetitive tendencies tended to take root if inadequate instruments existed to address them.(WTO, 2001, p. 14).

Box 2: Set of Policies that are crucial for having a comprehensive competition policy

Trade policy, including tariffs, quotas, and subsidies, antidumping actions, domestic content regulations, and export restraints.

Industrial policy

Regional development policy

Intellectual property policy

Privatization and regulatory reforms

Science and technology policy

Investment and tax policies

Licenses for trades and professions.

In addition, various sector specific policies in environment, health care, telecommunications, cultural industries, financial markets, and agricultural support schemes tend to have measures more likely to restrict than to promote the objectives of competition policy (World Bank and OECD, 1998, p. 8).

As has been discussed in *Section Three*, it is crystal clear that Egypt has deficiency in the implementation of a number of policies identified in Box2. that is crucial for a successful implementation of a competition policy. Moreover, on the institutional front there are a number of conflicting aspects that lend the whole institutional setup to be described as a poor setup for the implementation of a competition policy. We mention here just few examples which are either loopholes in the existing draft of the competition law or are provisions in other sets of rules and regulations that contradict with the objectives of the competition law.

Starting with the existing final draft of competition law, we find that it has adopted a hybrid set of rule of reason as well as per se approach. It identifies a threshold of 30% (changed to 35% in an updated version) as a starting point to investigate the possibility of existence of dominant position (per se approach) complemented by other rule of reason measures to fully examine a case. This is a reasonable approach given the full set of complexities available in the Egyptian economy. The main objective has been identified to enhance economic efficiency. However, the identification of the 30% (or the 35%) threshold is not justified by any means and it is not clear who set it or why it has been set. Debates in the newspaper has elaborated the business community has not been consulted on that issue. The above examples of the two industries identified in tables 1. and 2 show that this threshold is likely not to be adopted in many cases unless the competition authority starts to include the rule of reason approach. There are numerous industries in Egypt that are characterized by full monopoly including alcoholic beverages, potato chips, etc.. This means that the simple per se approach is likely to be idle and the competition authority will have to follow the complex rule of reason approach which complicates the investigation procedures.

The existing draft has not mentioned the relation between the law itself and other sectoral regulations and has not identified the relationship between the competition authority and the sectoral regulatory bodies. This loophole is of crucial importance as it can create lack of coordination in the future and sends conflicting signals to the affected market participants⁶.

The policy advocacy role of the competition authority has not been stressed in the draft law. Policy advocacy refers to activities undertaken by staff of competition agency or related authority to influence the design and/or implementation of government policies, legislation or administrative actions that affect competition (WTO, 1999). The absence of emphasis on this role means that it is likely that the competition authority's voice will not be heard effectively and its role in developing the rules and regulations concerned with competition will not be significant.

The current draft of the competition law was silent regarding the issues related to intellectual property rights. This is a major drawback which is likely to create several future problems when competition policy conflicts with intellectual property rights issue⁷. Despite the fact that the TRIPS agreement has given the right to

⁶ For example, the failure to develop strong cooperation mechanisms between the competition authority and regulatory authorities also led to many problems and conflicts, as was the case in South Africa between the competition Authority and the Banking Regulator. For more details see Stewart 2001.

⁷ This not only the case of Egypt. It is a general case in developing economies where the prohibition of abuse on intellectual property monopoly is not evident in many competition laws of developing countries. This is versus the case in developed countries where in exists in the EU as its Technology Transfer Directive in which abuse of IP monopoly is strictly prohibited. The same applies to the US Anti-trust

competition authorities to include certain provisions in their national laws to preserve the adverse effects of monopolization of intellectual property rights (see Hoekman and Holmes, 1999), the drafters of the Egyptian competition law seem to have missed this issue despite its vital importance.

The law itself contradicts with several provisions of other laws and regulations. For example, Law 8/1997 that is concerned with promotion of investment identified in one of its provisions that it provides generous tax breaks for firms in the audiovisual sector where their capital exceeds 200 million L.E.. this is a clear invitation for mergers and acquisitions given that the existing firms in the field of cinema film production do not acquire such capital (see Ghoneim, 2002, forthcoming). The competition law on the contrary calls for controlling the excess of market shares of firms by providing this threshold of 30%. In the Cinema Industry, a firm controls now about 30% of the ownership of cinemas and has been created recently following Law8/1997, is it likely to face the accuse of adopting anticompetitive behavior or is it likely to be given a waiver based on stimulating economic efficiency and enjoying economies of scale (see Ghoneim 2002 for more elaboration on the structure of the Cinema Industry market).

The absence of a consumer protection law adds to the possibility of the failure of enacting a competition law. The draft of the competition law has included the consumer interest as one of the objectives to be preserved when discussing economic efficiency. But the question is how are the perceptions of the consumers going to be channeled in the absence of a consumer protection law and active movement of NGOs in that field.

The information infrastructure in Egypt is rather weak. A fact that has severely affected the process of decision making in several occasions. A successful implementation of competition law requires the presence of a comprehensive database on the micro level..

Table 3. summarizes the major loopholes in the current draft competition law and provides some solutions for its drawbacks.

Table 3: Major Loopholes in the Current Draft of the Competition Law and Some Suggested Solutions

Loopholes	Solutions
30% as a threshold for dominant position situation	Increases the threshold after consultation with business community and taking the status of the existing firms' situation in consideration
Absence of the relationship between the law and other sectoral regulations	Needs to be clearly stated and identified which rules and regulations will prevail in sectors that have their own regulations
Not emphasizing the policy advocacy role of the competition authority	Requires a separate statutory provision with clear mandate for the competition authority
Contradictions with some provisions of other major laws	Clarify and solve this conflict
Absence of provision related to intellectual property rights monopoly	Should be included as a separate provision
Vagueness of including consumers' representatives in the board of the competition authority	Should be stated clearly
Vagueness of complete fledged independency of the competition authority	Emphasize this independency by eliminating the power given to the concerned minister and delegating it to the head of the competition authority

This leads us to the conclusion that adoption of a competition law in Egypt with such a weak policy and institutional infrastructure, absence of incentives among major stakeholders, and weak collective actions among potential gainers from the adoption of such law is likely to result in a failure of enacting the law, if adopted. In addition to such specific characteristics of the Egyptian economy, we add the common features among developing countries which include the lack of human capacity and physical infrastructure required for a successful implementation of such law. Despite, our conclusion might be surprising to many observers, it should

law. The case against Microsoft is a recent example. For more details on the negative impact of the absence of such provision on developing countries see(Stewart, 2000).

be emphasized that even international institutions have backed up this argument. For example, in the World Bank Development Report 2001 it has been asserted that “In resource-constrained countries governments may benefit from focusing on removing barriers to entry and exist in markets and opening the economy to international competition before turning their attention to building competition laws and agencies” (World Bank, 2001, p. 135) or as it has been put by OECD “Competition policy instruments are blunt not refined surgical instruments and have to be handled with care. For countries without experience in this field, a rules-based approach to competition would be appropriate and there should be the fullest interplay for market forces and mobility of resources, deregulation and lowering of barriers to entry as instruments for promoting competition rather than law itself” (OECD, 1994, p. 14). The main fact that has to be emphasized is that for a competition policy to be effective there is need for than just simply enacting a competition law. There is a need for effective enforcement, a well thought out agenda in terms of the relationship between competition policy and other government policies and finally cooperation of the business community in the development of policies and institutions to implement them (See OECD, 1994). All such factors seem to be not well represented in the Egyptian economy when it comes to the issue of competition policy. Moreover, there are examples of countries that have been successful in having an effective competition policy without the existence of a competition law, and there are examples of such policies that rely on instruments other than competition legislation (e.g., a high degree of market openness supplemented by sectoral rules and other instruments, where necessary as in Hong Kong and China (WTO, 1999)

There has been some arguments which assert the need to adopt a competition law, especially that the trade policy is not likely to cure the ills of lack of competition in the services and non tradable sectors (for a similar argument see Ali El Dean and Moheildean, 2001, p.7; Hoekman, 1997; Pittman, 1999; Hoekman and Holmes, 1999). The argument emphasizes that because of the closed nature of the economy, and the inability of the trade policy to invoke the required level of competition in such sectors that remain shielded from international competition, then the competition law is likely to play a positive role here. Scrutinizing this argument reveals that the adoption of a competition law in this case is a second best which is not likely to yield the optimistic results as identified. The reason is that as has been mentioned by several authors, given the limited resources and lack of human capacity in developing countries, the main concern of their governments should be to concentrate on eliminating the barriers to entry and exist thus making the markets more contestable (see for example, World Bank 2001, World Bank and OECD, 1998; Hoekman, 1997, Pittman, 1998). Moreover, it has been emphasized by some practical commentators and international organizations that it is so difficult or even impossible to determine precisely the stage of economic development at which it was most appropriate or under what conditions competition legislation should be adopted (WTO, 2001, p. 17). If a competition law is to be adopted in an economy that refuses to open up effectively to the world, it is likely that the same vested interests behind the refusal of opening up will dominate the process of decision making when it comes to the implementation of competition law, hence leading to an idle tool in the economy. However, it should be asserted that in other cases, anticompetitive practices can completely close a country’s markets to inbound trade and investment. This happens as a result of the tolerance of some governments of private domestic anticompetitive practices and allowing favored domestic companies to block out competing foreign goods or services. This strategy can wholly or partially nullify the benefits of an open trade regime (COT, 1997, p. 3).

Conclusions and Policy Implications:

The paper concludes that the impact of adopting a competition law should not be oversold. In other words, Egypt’s adoption of a competition law is not likely to be effective if other pillars of competition policy remain absent. The lack of incentives among the key stakeholders is the main reason behind the expected failure of adopting a competition law. Given the limited resources available to the Egyptian economy, the government of Egypt should opt for a first best approach by eliminating the barriers that negatively affect competition in various goods and services markets. Hence, it should embark on a serious trade liberalization policy regarding tradeable goods and should work on removing existing barriers to FDI in services and other non tradeable sectors. Finally, it should continue creating sectoral regulations that fit the nature of each sector if some sort of competition rules need to be clear for the players in that particular field especially in the area of services and non-tradeables where absence of a competition law is a major deficiency⁸.

⁸ This view is challenged by some experts who fear from the substitution of a comprehensive law by sectoral regulations that are likely, from their point of view to create more uncertainty and inconsistency in the application of laws (see for example, Fels, 2001, p. 16).

If Egypt should go for the second best approach of the necessity of having a competition law for example as a result of the external pressures that pushes Egypt to adopt a competition law⁹, then the design of such law should follow certain principles.:

Simplicity:

As asserted by some institutional economists, the developing countries in general have a different institutional setup from that of a developed nation. For example, there is a higher cost of public funds due to an inefficient tax system, a higher cost of auditing and control due to a lack of human and financial resources, lower transaction costs of side contracting due to less control, greater family ties or traditions, weak technical knowledge, and greater asymmetries of information (Laffon, 2000; Islam, 2002). This leads to the necessity of adopting some sort of competition law that fits in general with the overall institutional environment prevailing in Egypt and does not necessarily follow the competition law of the major trading partner as has been asserted in a general context by some economists.

The law should concentrate on few issues that are likely to face a transitional economy like Egypt like horizontal integration. With respect to most other practices that may be of concern (e.g. vertical restraints, actions by dominant firms, and mergers), apparent restrictions on competition may be justified on efficiency grounds (see Hoekman, 1997). Most laws therefore allow competition agencies to make judgments in such cases following a so called “rule of reason” approach. Hence, in the Egyptian case, the law should concentrate on horizontal restraints to competition.

In addition and in light of the human resources constraints the competition authority may want to focus its efforts on issues as cartels and exclusive supply or distributional contracts. Other issues such as price discrimination, predatory pricing or complex vertical restraint cases are more complicated and less critical. (For a similar argument in a general context of developing countries see World Bank, 2001, p. 141-142).

Progressivity:

The communication from Trinidad and Tobago contributed to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy in 2001 has identified a clever feature for introducing competition laws in developing economies, mainly progressivity. Progressivity, refers to the approach or methodology in developing and implementing a competition regime. It allows for gradual and selective introduction of instruments to control anti-competitive behavior. This allows the authority, other government departments and stakeholders the time to accommodate and adjust to the changes that are required. Further, as the economy develops, the regime matures, the instruments could be deepened in this approach. Progressivity is particularly important as it allows a country time to build a firm foundation for the competition regime by fully assimilating one aspect of competition rules before progressing to the next¹⁰.

Independence of the Competition Authority and its role in Policy Advocacy

To ensure effectiveness of the competition law, the competition authority must enjoy independency and shielding from political and other vested interests’ influence (for a similar argument see World Bank, 2001) . In the case of Egypt, the case is not clear as the law has asserted the independency of the competition authority where the head is appointed by the Prime Minister. However, the authority is likely to follow the Minister of Trade and Supply which contradicts with its independency as a separate body. Despite the fact that other countries follow in many cases the same procedures (see WTO, 1999), where they emphasize the independency of their competition authorities and in the same time they follow different ministries, the case of Egypt asserts that this is not likely to be the case as the law has given the concerned Minister certain responsibilities to undertake. This means in practice that the authority is not independent and is not shielded from political influence. A major factor that is likely to affect the transparency and predictability of this authority.

⁹ Among the most important pressures are its regional agreements with other partners (e.g. EU-Mediterranean Partnership Agreement and the COMESA) which call for harmonization of national competition laws.

¹⁰ Perhaps a practical application of the concept will be instructive. For instance, addressing “abuse of dominance” involves such complex rule of reason procedures that it may consume too many of the economy’s resources at an early stage. Instead, the competition authority could focus on consumer protection, so that consumers can gain a positive understanding of competition law and how it works in their favor. This approach would also allow the personnel in a new Competition Authority the time they need to ride the learning curve. They could get technical training during this time, accessing technical assistance that is available, and also do internships in more mature competition authorities. After a critical mass of experience has been garnered, the country is then able to introduce the more complex aspects of anti-competitive agreements and “abuse of dominance” provisions. At that phase, a greater degree of focus could be given to sanctions.(WTO, 2001).

Most of the competition agencies in countries with competition legislation are engaged in competition advocacy. A case that has been mentioned with no emphasis in the Egyptian draft law (even there is no complete article that is devoted to this issue)¹¹. The absence of emphasizing this role complemented by the expected weak independency of the competition authority are not likely to yield positive results. Hence strengthening those provisions are crucial for enhancing the role of competition authority. A proactive stance should be adopted by the Competition Authority to promote competition by attacking not only infringements of the law but also institutional arrangements and public policies that interfere with the appropriate functioning of markets (for a similar argument see World Bank and OECD, 1998, p. 8; OECD, 1994, p. 40). Moreover, through competition advocacy the competition authority can influence government policies by proposing alternatives that would be less determinable to economic efficiency and consumer welfare. It can serve as a buttress against lobbying and economic rent seeking behavior by various interest groups. And it can foster greater accountability and transparency in government economic decision-making and promote sound economic management and business principles in both the public and private sectors (World Bank and OECD, 1998, p. 93).

Building the required information database:

The importance of strengthening capacity to collect and analyze information cannot be over emphasized. A common mistake made by governments involved in regulatory reform is to reduce the ability of agencies to compile the information needed to monitor the impact of reforms (Hoekman and Messerlin, 1999). It should be noted that the absence of information in many sectors that are affected by competition may be more a consequence of old regulations (secrecy, non transparency, etc) and market closure than an intrinsic feature of the economies of developing countries, including among which Egypt. Hence, the competition authority needs some sort of statutory authority to force firms to supply necessary information.

Building the right support and public awareness:

The government needs to set the objectives of the law both in terms of substance and process. On substance, a system that can both regulate, and ensure effective competition is needed to allow fair and sustainable development. On process, the system should ensure interconnections between governments, markets and civil society (Lamy, 2001). Experiences of other countries has shown that the issue of public awareness is of crucial importance for the success of the law to be implemented. Without informed stakeholders, particularly the business sector and consumer organizations, the law lacks meaning¹².

We conclude by asserting that a comprehensive, versus piecemeal, reforms are needed to ensure a better allocation of resources. By comprehensive, we do mean both policies and institutional to arrive at some sort of general equilibrium in terms of reforms undertaken (for a similar argument see Hoekman and Messerlin, 1999). Moreover, the general equilibrium should cover both services and goods, tradeables and non-tradeables to consider the interaction effects between both sets. Actions taken in services markets can affect competition in goods markets and vice versa. To have an effective competition law, we need to have the other major pillars of competition policy functioning in the right way. Hence we need to have a credible trade liberalization policy, elimination of entry and exist barriers in different markets. Opening up trade in goods, services, and having a strong informational database can pave the way for other far reaching institutional changes by influencing demand for institutions as well as the supply of new ideas and designs. The major lesson learned is that there need to be consistency in the set of the policies adopted by the government to ensure an effective competition law if adopted.

References:

Ahram El-Iktsady, Issue No. 1746 (24/6/2002).

Ali El Dean, Bahaa and Mahmoud Mohieldin (2001), "On the Formulation and Enforcement of Competition Law in Emerging Economies: The case of Egypt", ECES Working paper o. 60, Cairo: ECES

¹¹ There may be both an explicit, statutory basis for the competition agency's competition advocacy functions and an implied or informal basis. The laws of some countries, such as Canada, Italy, the Republic of Korea, and the Russian Federation give the competition agency a specific mandate to submit its views on particular matters to the appropriate ministry or regulatory agency, for example, on the restructuring of telecommunications industry. In other countries the law may be silent about the role of the competition agency in such areas. Unless the law forbids participation by the competition agency, however, the agency should, through its law enforcement role actively seek opportunities to state the case for competition in the public forum. This has been largely the practice in France, Germany, and the United States, for example. It is unlikely that any other party would do so, or be as effective. The benefits to the economy and to consumers from effective competition advocacy are almost certainly to be significant, at least as great as those from more traditional competition enforcement (World Bank, 1998, p. 94).

¹² For evidence on the consequences of lack of awareness on the functioning of the competition law see Stewart 2001.

- Aranson, Peter H. (1999)**, "Wealth Increasing law, with Applications to Egypt" in ECES, Growth Beyond Stabilization: Prospects for Egypt, conference Proceedings.
- Clague, Christopher (1997)**, "The New Institutional Economics and Institutional Reform", in Christopher Clague (editor) *Institutions and Economic Development: Growth and Governance in Less Developed and Post Socialist Countries*, John Hopkins: The John Hopkins University Press
- Coalition for Open Trade (COT) (1997)**, "Addressing Private Restraints of Trade: Industries and Governments Search for Answers Regarding Trade and Competition Policy"
- EFG-Hermes (2001)**, Egypt Steel Industry Report
- EFG-Hermes (2001)**, Egypt Cement Sector Report
- EFG-Hermes (1999)**, Egypt Banking Sector Review Report
- EFG-Hermes (1999)**, Egypt Pharmaceutical Sector Review Report
- El_Ahram Newspaper (03/09/2002)**
- El-Mikawy, Noha and Ahmed Ghoneim (2002)**, "The Political Economy of Trade Reform in Egypt", paper presented at the Center for Economic and Financial Research and Studies Conference held on the 26-27th May 2002.
- Fels, Allen (2001)**, "Competition Policy: Lessons from International Experience", ECES Working Paper No. 62, Cairo: ECES.
- Ghoneim, Ahmed F. (2002)**, "Audiovisual Sector and the GATS: Case Study of Egypt, Morocco and Tunisia", Research Project undertaken in collaboration with the World Bank and the Institute of International Affairs, Italy (forthcoming)
- Hoekman, Bernard (1997)**, "Competition Policy and the Global Trading System: A Developing- Country Perspective" Policy Research Working Paper No. 1735.
- Hoekman, Bernard and Peter Holmes (1999)**, "Competition Policy, Developing Countries and the WTO", World Bank Working Paper No.??, Washington D.C.: World Bank
- Islam, Roumeen (2002)**, "Institutions to Support Markets", *Finance and Development*, March 2002, Volume 39, Number 1.
- International Monetary Fund (1998)**, "Egypt: Beyond Stabilization Toward a Dynamic Market Economy", IMF Occasional Paper No. 163, Washington D.C.: IMF
- Khemani, Shyam and Mark A. Dutz (1995)**, "The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development", in Claudio Frischtak (ed.) *Regulatory Policies and Reform in Industrializing Countries*.
- Laffonat, Jean-Jacques (2000)**, "Institutions, Regulation and Development", Distinguished Lecture Series 16, Cairo: ECES.
- Lamy, Pascal (2001)**, "The Multilateral Trading System and Global Governance after Doha" Speech delivered at the German Council on Foreign Relations, Berlin, 27 November, 2001)
- North, Douglass C. (1990)**, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- OECD (1994)**, Competition Policy: 1994 Workshop with the Dynamic Non-member economies" OECD document Number: OCDE/GD(96)59
- Pittman, Russell (1999)**, "Competition Policy: Especially for Developing Countries" Economic Perspectives, USIA Electronic Journal, Vol. 4 No. 1
- Stewart, Taimoon (2000)**, "The Functioning of Patent Monopoly Rights in Developing Economies: In Whose Interest?", Jaipur: CUTS Centre for International Trade, Economics & Environment.
- Stewart, Taimoon (2001)**, "Public Awareness is the Key", CUTS Regular Letter, No. 5 December 2001
- World Bank and OECD (1998)**, "A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy", Washington D.C. and Paris
- World Bank (2001)**, "Building Institutions for Markets", World Bank Development Report: Oxford: Oxford University Press published for the World Bank
- World Trade Organization (1999)**, Trade Policy Review of Egypt, Geneva, August, 1999.
- World Trade Organization (1999)**, "Overview of Members' National Competition Legislation" Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy" WT/WGTCP/W/128
- World Trade Organization (2001)**, "Report (2001) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council, WT/WGTCP/5
- World Trade Organization (2001)**, Communication from Trinidad and Tobago: Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy" WT/WGTCP/W/179
- Zaki, Moheb (1999)**, *Egyptian Business Elites: their visions and investment behavior*, Cairo: Konrad Adenaur Stiftung and the Arab Center for Development and Future Research
- Zarrouk, Jamel (1999)**, "Dealing with Regulatory Regimes and Trade Costs in MENA Region". Paper prepared for the Workshop on Preparing for the WTO 2000 negotiations: Mediterranean Interests and Perspectives, Cairo 14-15 July, 1999 organized by ERF jointly with IAI and the World Bank

PALABRAS DE FERNANDO SÁNCHEZ UGARTE, PRESIDENTE DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA, EN OCASIÓN DE LA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE LA RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA*

Estimado Sr. Presidente,

Estamos reunidos, en la bella y enigmática ciudad de Mérida, Yucatán, los representantes de cincuenta autoridades de competencia del mundo y un grupo numeroso de agentes no gubernamentales especializados en la materia, en la segunda Conferencia anual de la Red Internacional de Competencia. En esta cumbre internacional de la competencia estudiaremos los temas de mayor relevancia en el proceso de internacionalización de esta política; igualmente acordaremos los mecanismos más idóneos para fortalecer el proceso de desarrollo institucional de las agencias responsables de su aplicación; y propondremos las acciones de cooperación y de apoyo mutuo que nos coadyuvarán a consolidar la cultura de competencia en nuestras respectivas naciones.

La presencia de un tan nutrido grupo de autoridades y expertos en competencia, pero fundamentalmente la diversidad de naciones que están aquí representadas, son un indicio claro y contundente de que la política de competencia esta progresando y prosperando de manera acelerada a nivel internacional. Aquí han acudido representantes de naciones como Albania, la Federación Rusa, Hungría, Lituania, Polonia, Rumania y Uzbekistán sólo para mencionar algunos de las economías en transición aquí presentes, que hace apenas veinte años no tenían economía de mercado y que ahora están promoviendo su desarrollo económico a través del libre cambio y la competencia económica.

Asimismo, nos acompañan colegas de Brasil, Chile, Indonesia, Jamaica, Pakistán, Perú, Sudáfrica y Venezuela, representantes de naciones en desarrollo que, como México, se han percatado recientemente que la política de competencia es un instrumento eficaz para promover, no sólo el crecimiento de nuestras economías sino también para lograr una mas equitativa distribución del ingreso.

Finalmente, también nos acompañan nuestros pares de la Unión Europea y de diversos países integrantes de esta comunidad, así como de Suiza, Australia, Japón, Canadá y Estados Unidos. Estas naciones industrializadas han aplicado a lo largo de varias décadas la política de competencia con eficacia. Los resultados de ello están a la vista. Estas son naciones con economías plenamente desarrolladas que han logrado consolidar y eficientar los procesos de mercado, precisamente por aplicar una política de competencia juiciosa y eficiente, pero al mismo tiempo firme y activa.

Los integrantes de la Red Internacional de Competencia hemos acudido a esta reunión con la convicción de que la política de competencia es un instrumento invaluable para el balanceado desarrollo de nuestras economías. Por ello, estamos comprometidos en consolidar el avance y el alcance de esta política. Asimismo, sabemos que hay críticos y quienes consideran que la política de competencia económica es algo prescindible o que sólo es aplicable en otras latitudes o en otras circunstancias. Es por ello que la Red de autoridades de competencia busca convencer para vencer. Uno de sus principales objetivos es avanzar la causa de la competencia a través del debate público, la aplicación transparente y efectiva de la legislación, la abogacía de la competencia y la comunicación social.

Por otro lado, también estamos conscientes de que la falta de coordinación de nuestras acciones a nivel internacional pudiera llegar a entorpecer o retrasar la marcha de los negocios internacionales. Atendiendo a esta preocupación, la Red ha creado un grupo de trabajo que está proponiendo los mecanismos más adecuados para que la notificación de fusiones y adquisiciones represente el mínimo de requerimientos; para que existan las vías de coordinación entre autoridades que haga más eficaces los procesos y para buscar la armonización y convergencia de leyes, criterios y metodologías, de tal forma que se garantice la eficiencia económica y se reduzcan y simplifiquen los trámites.

* e-mail: fsu@cfec.gob.mx

Señor Presidente,

La política de competencia y la Comisión que se encarga de aplicarla, cumplen diez años de haberse establecido. México ha logrado, en ese poco tiempo, organizar una política de competencia congruente con los estándares internacionales en la materia y enfocada, fundamentalmente, a promover la eficiencia y el desarrollo económicos. A lo largo de estos diez años, la Comisión Federal de Competencia ha ganado credibilidad y respeto, dando vigencia al mandato constitucional que establece la garantía que tenemos todos los mexicanos de poder concurrir libremente a los mercados y competir sin las limitaciones derivadas de acciones restrictivas de autoridades –de cualquiera de los tres niveles de gobierno-, o las restricciones impuestas por los agentes económicos que tienen poder monopólico en el mercado. Algunas veces, nuestras decisiones son controversiales; reflejo, fundamentalmente, de que los intereses que afectamos al promover y proteger el proceso de competencia económica son muy poderosos. La solidez de la institución se debe a que siempre ha actuado sin titubear, apoyada en su autonomía, con apego a derecho, con honestidad y transparencia; así como, con pulcritud y eficacia técnica y administrativa.

La política de competencia se encuentra, como ya lo comentaba, en un proceso de reafirmación y consolidación, en todo el mundo. México no es simple testigo de esta transformación, pues está cabalmente involucrado y participa activamente en el mismo. La celebración de esta cumbre internacional de la competencia en nuestro país es prueba inequívoca de esta vocación. A diez años de su fundación, la Comisión Federal de Competencia ha superado la etapa inicial de su desarrollo. Es una institución que entra a su adolescencia con la solidez que le proporciona haber concluido una etapa de formación inicial exitosa, pero con la necesidad de seguir consolidándose y fortaleciéndose. En los años venideros la Comisión habrá de enfrentar y superar retos importantes que determinarán la orientación, la vigencia e inclusive la viabilidad de la política de competencia en el mediano y largo plazo.

Después de diez años de operación convendrá revisar la legislación de competencia y fortalecer las facultades de la Comisión para combatir conductas anticompetitivas, así como para adoptar las mejoras y acuerdos que se deriven de las negociaciones internacionales y de los trabajos de armonización y simplificación que se están desarrollando en el seno de la RICE. Dentro de estas reformas deberá buscarse fortalecer, asimismo, la autonomía de gestión de la Comisión para dotarla de la capacidad financiera y operativa que le permita enfrentar la creciente demanda de sus servicios y mantener la calidad y eficiencia con la que hasta ahora los ha prestado. Igualmente, habrá que tener cuidado en el proceso de designación de los comisionados y el presidente de la Comisión, lo cual habrá de realizarse en el transcurso de los próximos tres años, para asegurar la continuidad institucional de la política de competencia y mantener la independencia con la que hasta el momento se han emitido las resoluciones de este órgano colegiado.

Será igualmente importante enfatizar la coordinación estratégica y operativa de esta Comisión con otras autoridades regulatorias para asegurar la adecuada armonización entre la política de competencia y la política regulatoria. La Comisión deberá, asimismo, buscar una mayor colaboración tanto con la Profeco como con la Cofemer para fortalecer la inclusión de criterios de competencia en la protección al consumidor y en los procesos de desregulación.

También será necesario fortalecer los mecanismos de coordinación institucional con el poder judicial de la federación, para asegurar el eficaz y expedito desahogo de litigios. Desde luego, esto deberá realizarse respetando la protección a las garantías individuales que previene la Constitución a través del juicio de amparo.

También, será necesario fortalecer los mecanismos de coordinación con los estados y municipios, a fin de promover la competencia en estos niveles de gobierno, y ensanchar los canales de comunicación con el sector empresarial y con los grupos de consumidores, para asegurar el entendimiento de estos grupos de las tareas que realiza la Comisión.

A todos los que creemos y valoramos la competencia económica nos complace constatar que en el nuevo programa de su gobierno que se propone propiciar la competitividad de la economía mexicana se le ha dado un lugar destacado a la política de competencia como un instrumento clave para mejorar la competitividad de la planta productiva y de estímulo a la inversión y al progreso económico. Este nuevo programa es una iniciativa visionaria que sin duda proyectará a nuestro país hacia una nueva etapa de desarrollo económico y permitirá que México refuerce el papel de liderazgo económico que ha adquirido ofreciendo, con ello, amplias oportunidades

de negocios y mejores perspectivas para su crecimiento. El fortalecimiento y la consolidación de la política de competencia que su gobierno está proponiendo como parte de este programa integral, sin duda reflejan la visión y el liderazgo que Ud. esta imprimiendo a su gobierno y son muestra innegable del compromiso de su administración por el cambio a favor del progreso económico y el bienestar de todos los mexicanos.

Agradezco el apoyo que, a lo largo de los tres primeros años de su mandato ha ofrecido a la Comisión, así como el respeto que ha tenido siempre respecto de su autonomía de gestión. Le aseguro y reitero que la CFC y la política de competencia seguirán siendo un puntal importante de la política económica y serán un apoyo indispensable para propiciar el mejoramiento competitivo de nuestra economía.

Mérida, Yucatán
Martes 24 de Junio de 2003.

ABUSO DE POSICION DOMINANTE (*)

Por: **Teresita Dutrenit Montaña**
e-mail: tdutrenit@yahoo.com.ar

SUMARIO I) Introducción, 1.1 La Competencia; 1.2 Regulación y Competencia; II) El Tratado de Asunción de 1991 – Países de la Región, III) La Legislación Nacional – Comunitaria y Española; 3.1 Antecedentes Europeos; IV) Posición Dominante – 4.1 Concepto – Evolución - 4.2 Criterios de Identificación de la Posición Dominante – 4.2.1 Análisis estructura, 4.2.2 Análisis de la competencia, V) Abuso de posición de Dominio; VI) Mercado Relevante; VII) Conclusiones

I) INTRODUCCIÓN

1.1 La Competencia

La defensa de la competencia, nos convoca antes de nada, a preguntarnos cual ha sido la finalidad perseguida por el Estado, en su decisión de intervenir en el mercado, regulando y controlando las relaciones de competencia.

La competencia guarda no solo razones económicas sino también éticas, y es el Estado quien debe velar porque esa relación se desarrolle armónicamente.

(*) El presente trabajo se basa en la Exposición llevada a cabo en el Seminario Regional Post Doha para América Latina y el Caribe, organizado por la UNCTAD, CADE y la Escuela de Derecho Fundación Getulio Vargas en abril de 2003 Sao Pablo - Brasil

Las opiniones expresadas en este trabajo no comprometen mas que a la autora y no representan necesariamente la opinión oficial de la Dirección General de Comercio

En cuanto a las **razones económicas**, en la fax interna de los estados en una economía de mercado se hace necesaria la libre competencia evitando de esta forma el abuso de poder económico y otras conductas anticompetitivas que no solo perjudican a los consumidores sino también a otros agentes económicos en su legítimo derecho a competir, en la fax externa la creciente integración de la economía mundial conlleva a tutelar la transparencia del mercado, y la regulación de la competencia comienza a formar parte de la integración.

La liberalización del comercio, tanto a nivel mundial como regional, genera crecimiento económico pero se hace necesario tomar en cuenta los distintos niveles de desarrollo y tamaño de las economías, debiéndose evitar la adopción de políticas o medidas que puedan afectar negativamente el comercio y la inversión. Y es conveniente por tanto diseñar sistemas, tomando la experiencia Europea y de Estados Unidos.

Partiendo de esta base el comercio internacional es conveniente que este regido por un conjunto de reglas o principios mínimos a ser acatados por los operadores económicos públicos y privados.

En lo que refiere a las **razones éticas**, concordamos con Areeda y Kaplow, citado por Ferrer (1) cuando expresan: “...*independientemente de los resultados económicos asociados con la competencia, puede existir un valor independiente en dispersar el poder económico y en confiar en fuerzas del mercado impersonales. Es especialmente valiosa la oportunidad del individuo libre de llevar adelante sus negocios y de prosperar en base a sus propios méritos determinados por un mercado libre.*”

Es por ello que la regulación de la competencia esta comprometida con el interés general, el bien común, por lo que la regulación de la competencia necesariamente guarda consideraciones éticas y no solamente económicas, hay por ende una suerte de valores insertos en la defensa de la competencia que proporcionan la *ratio legis* de la norma.

(1) Ferrer, Daniel – Prácticas Anticompetitiva y Abuso de Poder Económico – Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993

Las normas jurídicas reflejan valores, y esos valores son los inherentes a la personalidad humana, a la libertad de participación, al derecho de propiedad, a la igualdad frente a la ley, etc. No debe olvidarse en sustancia que esta normativa debe estar al servicio del hombre y es la realidad de este la que determina el derecho

Por estas razones se hace vigente lo que indicaba el Profesor de Derecho Administrativo y Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - Alberto Ramón Real (2) : “ *La experiencia histórica demuestra que las creaciones más valiosas y duraderas de la especie humana sólo pueden lograrse en un ambiente de razonable equilibrio entre el individualismo y el poder institucionalizado. Los abusos autoritarios del poderoso Leviatán, que es el Estado de nuestros días, son tan dañinos como la anarquía individualista, despreocupada de los racionales valores colectivos. Por tanto es necesario, hoy como siempre y aún más que nunca, reivindicar el fuero inalienable del Hombre, motor y destinatario insustituible de toda la vida social y de todo progreso cultural. Nada nos parece más adecuado a tales fines que revivir y desentrañar el sentido y las proyecciones de fórmulas vigentes, es las que resplandece la filosofía humanista del régimen institucional de los pueblos libres*”

1.2 Regulación y Competencia

La normativa sobre competencia es uno de los instrumentos legales con que cuentan los poderes públicos para el

desarrollo de la Política de Competencia, pero no el único, el fomento es otro de los pilares que un Estado debe desarrollar. Es con la combinación de la desregulación, liberalización y privatización que el Estado debe fomentar la competencia, siendo necesario armonizar la actividad de los entes reguladores con la actividad de las autoridades de competencia, teniendo estas últimas el carácter exclusivo en la aplicación de la normativa sobre defensa de competencia, y los entes reguladores por su parte velarán por el mantenimiento de la competencia efectiva en sus respectivos mercados mediante la aplicación de su normativa.

(2) Alberto Ramón Real, Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

II) EL TRATADO DE ASUNCION 1991 PAISES DE LA REGION -

El nuevo orden económico mundial lleva a la asociación de los Estados en bloques generando la formación de esquemas de integración.

En el ámbito regional, se destaca el *Tratado de Asunción de 1991* entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que consta además de cuatro Anexos, el I) el Programa de Liberación Comercial, el II) el Régimen General de Origen, III) Solución de Controversias y el IV) referido a Cláusulas de Salvaguardia. (3)

El propósito fundamental del Tratado de Asunción es la concreción a través de sus mecanismos de un Mercado Común, es decir de un Area de Libre Comercio entre los Estado Partes, por medio de la eliminación de las trabas aduaneras y otras restricciones al comercio que permitan la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el establecimiento de un arancel externo común frente a terceros Estados, la armonización legislativa y la coordinación de las políticas macroeconómicas.

En el Tratado en el Capítulo I) de Propósitos y Principios, el art. 4 inc.2 dispone: “ *Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.*”

Mas allá de esta previsión en materia de competencia, es en 1996 con el *Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur Decisión Nro.18/96* que establece una cláusula general:

“Constituyen infracción a las normas del Presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”

(3) Gros Espiel, Héctor – “MERCOSUR El Tratado de Asunción” – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo - 1991

El art.5 del Protocolo de Fortaleza, dispone : “*La simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no constituye violación de la competencia*”

Esta cláusula es concluyente en cuanto a que no se prohíbe el monopolio cuando el mismo se apoya en razones de eficiencia en el mercado, y lo que si no se admite es el abuso que se haga de ese monopolio.(4)

Por nuestra parte entendemos que estamos frente a la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable, lleva necesariamente al estudio pormenorizado de esa mayor eficiencia.

Se definen las prácticas limitativas o restrictivas a la concurrencia, tales como aquellas que imponen precios y condiciones de compra y venta de bienes en violación a la libre competencia como impedir el acceso de nuevas empresas al mercado y toda manipulación del mercado con la finalidad de imponer determinados precios (5)

La *legislación argentina* ley 25.156 establece en su art.1 una cláusula general que incluye el abuso de posición dominante, y la define en el art.4 como: “ *A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o sin ser la única, no esta expuesta a una competencia sustancial, o cuando por el grado de integración vertical u horizontal esta en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado en perjuicio de estos.*”

Argentina no sólo definió la posición dominante sino que fue más lejos, estableciendo cuales son las circunstancias que deberán tenerse presente para la existencia de una posición dominante (art.5)

Brasil, sigue la línea del derecho europeo en cuanto a la enunciación general que se hace del abuso de posición dominante, agregando en su art.21 una serie de actos que deberán tenerse en cuenta para la determinación del abuso de posición dominante.

(4) Bugallo, Beatriz, “Abuso de Posición Dominante: Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente” en Revista de Derecho – Universidad de Montevideo 2002

(5) Ruiz Díaz Lambrano, Roberto “ MERCOSUR, INTEGRACION Y DERECHO”. Ciudad Argentina – Edición 1998

III) LEGISLACION NACIONAL - COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

En el numeral 3.1 se desarrollará los antecedentes europeos, por lo que se hace necesario mencionar al sistema norteamericano.

La primer **legislación Antitrust** se remonta a fines del siglo XIX, más concretamente a 1890, cuando se promulga en los Estados Unidos la *Sherman Act* (primera norma en defensa de la competencia de los mercados) como reacción al crecimiento de grandes monopolios privados en el Este industrial.

El art.2 de la *Sherman Act* establece: “ *Toda persona que monopolice o intente monopolizar o si se combina con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados...será considerado culpable de una falta y convicto de la misma será penado con una multa...o con prisión hasta un año o ambas penas a discreción del Tribunal.*”

Posteriormente se asiste a una moderación de la prohibición de la Sherman Act, mediante **la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable (rule of reason)**.

La aplicación de la rule of reason tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, que lleva al análisis de las circunstancias del caso aplicando lo que es razonable. La **Rule of Reason** se opone al principio de la ilegalidad per se, es decir a la ilegalidad absoluta y automática de ciertas prácticas. Esas prácticas consideradas en primer instancia restrictivas, luego de analizadas pueden llegar a ser beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia. (6)

En ese sentido Pascual y Vicente (7) expresa: “...en lo que refiere a la posición dominante, lo perseguido en la actualidad por las autoridades estadounidenses ya no es tanto la posición de dominio en si misma, sino la obtención o el mantenimiento de esa posición por medios ilícitos.”.

(6) Pascual y Vicente, Julio “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”

(7) Pascual y Vicente, Julio “ Diccionario...”

La legislación uruguaya ha seguido el modelo del Tratado de Roma de 1957 arts.85 y 86, actuales arts. 81 y 82, apartándose del sistema norteamericano.

La ley 17.243, art. 14 dispone: “ *Prohibense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios ...y genere un perjuicio relevante al interés general*”

A los solos efectos enunciativos el articulado ilustra una serie de conductas anticompetitivas, las que resultan similares al derecho comunitario europeo (art.82) constituyendo las primero cuatro de las conductas mencionadas el supuesto de abuso de posición dominante como se verá cuando analicemos la legislación europea.

Nuestra legislación no definió que se entiende por posición dominante ni por abuso de posición dominante, y al haber tomado como modelo el Tratado de Roma de 1957, se considera necesario el examen de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia Europeo, las Decisiones de la Comisión Europea

También se considera necesario examinar la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español no podemos olvidar que España en cuanto a la conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante siguió al modelo comunitario

El **Derecho Comunitario** Tratado de Roma de 1957 en sus arts. 85 y 86 ha permanecido incambiado en la actual redacción de los arts.81 y 82 del Tratado de Amsterdam.

El art.82 (ex artículo 86) :

“*Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.*”

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores,*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a*

éstos una desventaja competitiva;

- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Si nos detenemos en la lista enunciativa de practicas abusivas del Tratado Europeo y los ejemplos utilizados en el art. 14 de la ley 17.243, resultan similares.

La **ley de Defensa de la Competencia Española** en su art. 6 ha prohibido el abuso de posición dominante, careciendo igual que el derecho comunitario de nociones generales o definiciones, estableciéndose a vía de ejemplo una serie de conductas abusivas.

De la normativa mencionada surge que se ha sancionado el abuso que de esa posición realizan los agentes económicos y no la posición dominante en sí.

Cabe recordar que en el ámbito de la Comunidad Europea al no proporcionar el art. 82 del Tratado base suficiente para prohibir operaciones de concentración de dimensión comunitaria susceptible de afectar negativamente a la competencia al crear o reforzar una posición dominante, se tuvo que recurrir al dictado del Reglamento 4064/89 el que permite prohibir las concentraciones cuando tengan como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva.

Lo mismo sucedió con la normativa española recién en 1992, se dictó el Reglamento de Concentraciones que permitiera prohibirlas cuando supusiese alcanzar o reforzar una posición de dominio.

3.1. ANTECEDENTES EUROPEOS

Los antecedentes en materia de abuso de posición dominante, se remontan en el ámbito nacional a Alemania que en 1923 dicta la **Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico**.

Frente al norteamericano “principio de la prohibición”, Alemania instauro el “principio del abuso”, según el cual no se prohíben ni regulan los carteles, ni las posiciones de dominio, aunque sí se establece sobre los cárteles el control estatal y se sancionan los abusos de posición dominante.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, subyace el temor del rearme germano, por ello los aliados imponen a Alemania las Ordenanzas Militares para descartelizar su estructura productiva de (carbón, acero, química).

Y en 1957 Alemania promulgara una ley contra limitaciones de la competencia, que representa la declaración de invalidez de los cárteles pero con excepciones no prohibiendo los monopolios.

Holanda en el año 1956 y Bélgica en 1960 disponen que el abuso de poder económico sólo se prohíbe a partir del momento en que la autoridad administrativa de control declara que es contrario al interés general, careciendo los tribunales ordinarios de facultades para sancionar el abuso mientras tal declaración no se haya producido.

En el Reino Unido se aprueba (1948) el Registro de Acuerdos Restrictivos; Francia dictará en 1953 un decreto donde se fijan las normas de competencia y se condenan los acuerdos restrictivos. España en 1963 dictará una ley sobre Prácticas Restrictivas.

Las fuentes originarias o primarias del derecho comunitario de la Unión Europea están conformadas por el Tratado de París de 1951 que creo la CECA - Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los Tratados de Roma de 1957 que crea la CEE y la CEEA – Comunidad Europea de la Energía Atómica.

El Tratado de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) de 1951 establecía: “*en el caso que la Alta Autoridad observe que las personas públicas o privadas adquieran sobre los productos del mercado una posición dominante que les permita una concurrencia efectiva dentro de una parte importante del mercado común y utilizan esa posición a los fines contrarios de este Tratado,...les dirigirán recomendaciones oportunas para evitar que esta posición sea utilizada a esos fines...*”

No interesa el origen de esa situación de predominio, es decir la conquista de una posición dominante no es ilícita por sí, y tampoco interesan los medios empleados para conseguir esa posición dominante, lo que sí importa es que quién haya adquirido esa posición dominante tenga una conducta correcta y cuando se aparta de la misma incurre en el abuso.(8)

(8) Pellicer Valero, Jesús – “Las Prácticas Abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967

El Tratado de Roma de 1957 que instituyó la Comunidad Económica Europea, se basaba en los arts. 85 y 86 que trataban sobre acuerdos restrictivos entre empresas con efecto apreciable sobre el comercio entre los países miembros y sobre el abuso de posición dominante.

Una diferencia sustancial entre estos dos tratados versa sobre el control de concentraciones previsto en el de París de 1951, mientras que en el Tratado de Roma no se prevé, retomándose el control recién con el Reglamento del año 89.

IV) LA POSICION DE DOMINIO

4.1 CONCEPTO – EVOLUCION

El concepto de posición de dominio ha variado en la Comunidad Europea a través de la Comisión Europea y de los conceptos del Tribunal de Justicia Europeo.

En 1965 la **Comisión Europea** en Memorándum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común afirmaba: “*La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible*” (subrayado nuestro)

Esa misma Comisión 6 años después, en la **Decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971** (9) definió a la posición de dominio “*...las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores.*” (subrayado nuestro)

(9) Diario Oficial Nro. L007 del 8/01/1972 – 72/21/CEE Decisión de la Comisión relativa a la aplicación del art. 86 del Tratado CEE

Pero será con la **Sentencia Continental Can de 21 de febrero de 1973**, que el TJE ampliará su interpretación en dos aspectos: 1) puede darse el abuso de posición dominante si una empresa que ya tiene esa posición busca reforzarla obstaculizando la competencia de forma que las otras empresas solo pueden subsistir en el mercado si dependen directamente de la empresa dominante. Y aquí ya no interesa la relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante para que se considere abusivo el reforzamiento de dicha posición dominante siempre que haya un efecto sustancial en la obstaculización de la competencia; 2) deja de ser un concepto subjetivo o causal y se pasa a una conceptualización objetiva del abuso de posición dominante.

El Tribunal de Justicia Europeo (TJE) definirá a la posición de dominio en su conocida sentencia **United Brands** de 14 de febrero de 1978 Considerando 65: “*La posición de dominio...afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente de los consumidores.*” (10)

Se mantiene la noción en el caso **Hoffman- La Roche** (13 de febrero de 1979) “*...la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla los comportamientos de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia esta ya debilitado y que cuyo efecto es obstaculizar, mediante el recurso a medios diferentes de los que gobiernan una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia existente todavía en el mercado o el desarrollo de esta competencia.*” (11)

(10) Sentencia United Brands Company et United Brands Continental BV contra Comisión – Asunto 27/76

(11) Sentencia 13 de febrero de 1979 – Asunto 85/76, L 223, TJCE, Rec.1979

Esta posición luego fue incorporada por la **Comisión Europea** en la **Comunicación del 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03)** definiendo la posición de dominio *como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y en último término de sus consumidores*” (12)

De las sentencias transcritas surge que ya no interesa la afectación directa de clientes, proveedores o competidores, sino que el abuso radica cuando se esta afectando la estructura de un mercado o de la competencia.

En España el **Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)–Retelevision c/ Telefónica** definió: “*el abuso es un concepto objetivo por el que la empresa dominante recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la*

competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de la competencia.” (13) (subrayado nuestro)

Se asiste entonces en España a un cambio sobre el concepto de posición de dominio dada por el dictado de tres resoluciones en el año 1999 por el TDC de **Aluminios Navarra, Electra Avellana y Bacardí**. (14)

Todas ellas definen a la posición de dominio en estos términos: *“La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en **poder económico e independencia de comportamiento**. Así dirá que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en cuenta las posibles reacciones de los competidores y de esta manera ser capaces de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”*

(12) Se menciona expresamente en la Sentencia del TDC- Res.362, Exp.Nro.362/99,Bacardí

(13) Sentencia del TDC de 8 de febrero de 2000 Exp.456/99 – Expedientes Sancionadores.

(14) Sentencias Bacardí 362/99; Aluminios Navarra 344/98 y Electra Avellana 441/98

Antes de las Resoluciones la noción que se manejaba de posición dominante era de **aquella empresa que actuaba en casi total ausencia de competencia**. Esta solución si bien resultaba inadecuada, obedecía al concepto de posición dominante contenido en la derogada ley española de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, que hacia especial hincapié en que la empresa dominante no se encontraba sometida a una competencia sustancial.

Tampoco coincidía con la postura del TJE en *Sentencia Hoffman – La Roche*, donde se expresa: *“que a diferencia de lo que ocurre en las situaciones de monopolio la posición de dominio no es incompatible con la existencia de una competencia.”*

El caso Hoffman_La Roche versaba sobre un grupo multinacional con Sede en Ginebra y principal fabricante de Vitaminas del mundo, y estableció contratos de suministro exclusivos o preferenciales con diversos grandes compradores de vitaminas al por mayor que incorporaban éstas a sus propios medicamentos, productos alimenticios y piensos.Los contratos ya fueran para compensar la exclusividad o para el fomento preveían unos descuentos de fidelidad,basados en la proporción de las necesidades del cliente. Pero lo curioso que esos descuentos de fidelidad se calculaban conjuntamente con todas las compras a Roche, con lo que esta se beneficiaba del acuerdo de fidelidad incluso en el caso de las vitaminas respecto de las que no goza de posición dominante. (15)

Por lo tanto no hace falta llegar al monopolio para disfrutar de una posición de dominio en el mercado.

Vicente y Pascual (16) expresa:“ En la Decisión Gema de 2 de junio de 1971, la Comisión reprocha a la empresa dominante que pretenda aprovechar su posición para convertirse en monopolista. Y basta recordar que en la Decisión Continental Can, la Comisión decidió que la adquisición por Continental Can con una posición dominante en el mercado común, de su principal competidor constituía un abuso en tanto se suprimía la competencia existente.”

(15) OMC –Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia - Comunicación de la Comunidad Europea (98-0882)

(16) ob.citada

El concepto actual de posición de dominio, trata de la independencia de comportamiento en el mercado, solo con esa independencia del comportamiento de proveedores, competidores y clientes resultara su posición de dominio, ya que sin esa independencia aunque la empresa abarque gran parte del mercado no podrá actuar en él, al margen de las leyes de la oferta y la demanda.

4.2 CRITERIOS DE IDENTIFICACION DE LA POSICION DE DOMINIO

Las autoridades comunitarias utilizan diferentes criterios para identificar la posición de dominio.

En ese sentido la sentencia *United Brands* “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, en todo caso, habrá de apreciarse a la luz de otros factores” “...la investigación

sobre la cuestión a saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación competencial existente. Por lo que refiere a los factores de estructura de la empresa considera tales como: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y en lo relativo a los factores de situación competencial en el mercado se señala que hay que tener en cuenta el número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada.” (17)

Otros criterios analizan el comportamiento de la empresa y el de sus competidores así como el grado de dependencia en que se encuentra la empresa respecto a la que tiene posición de dominio. El análisis estructural se lleva prácticamente en todos los casos, mientras que los otros son complementarios de este.

4.2.1 ANALISIS ESTRUCTURAL

Del análisis estructural se toma en cuenta: los recursos y métodos de producción, los métodos de presentación (embalaje); el transporte y las ventas y la tecnología e integración vertical y la situación competencial en el que se examina el número y fuerza de sus competidores, la cuota de mercado y volúmenes de venta, el precio y las barreras de entrada.

(17) Sentencia 27/76

De todos estos factores, nos detendremos en la cuota de mercado y en las barreras de entrada

Cuota de Mercado

La cuota de mercado expresa el porcentaje de las ventas de una empresa por comparación con las ventas totales de las empresas en su conjunto durante un tiempo determinado (un año). Alta cuota no es asimilable a posición de dominio o baja cuota no quiere decir que no tenga posición de dominio.

La Sentencia del TJE **United Brands** estableció “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá de apreciarse a la luz de otros factores.”

Sin embargo esa elevada cuota de mercado es “altamente significativa” como se dijo en la Sentencia **Hoffman-La Roche** (Vitaminas), es más se señaló que “cuotas extremadamente importantes constituyen, en si mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición de dominante” “ siempre y cuando se mantengan durante un periodo de cierta duración...”

Es de resaltar el caso **Michelin NV** en donde el Tribunal Europeo apoyándose en el precedente Hoffman – La Roche, concluyó: “ Michelin NV con pleno conocimiento, y a través de métodos diferentes de aquellos que caracterizan la competencia normas en los bienes o servicios sobre la base de los agentes económicos trató de asegurar que su sistema de descuento perturbara el mantenimiento del grado de competencia que todavía existe en el mercado o el crecimiento de la competencia. Comparto el punto de vista de la Comisión en el sentido de que el sistema de descuento aplicado por Michelin NV puede ser considerado un “descuento de fidelidad”...Personalmente creo que la incluso puede decirse que existió clara intención por parte de Michelin de congelar la estructura del mercado con el propósito de mantener su cuota de mercado. (subrayado nuestro) (18)

(18) Sentencia del 9 de noviembre de 1983, caso 322/82 Nederlandshe BanderIndustrie Michelen, citada también en Sentencia del TDC Iberias, Exp.nro. 514/01

En conclusión para el Tribunal Europeo cuanto mayor sea la cuota de mercado habrá mayor probabilidad de una posición de dominio

La **Sentencia AZCO III** de 1991 el TJE afirmó: “ ... una cuota de mercado del 50% constituye por si misma salvo circunstancias excepcionales la prueba de la existencia de una posición de dominio.”

Esta sentencia ha sido sumamente criticada no solo porque no toma en cuenta los otros factores estructurales y competenciales ,sino por lo sostenido por la Comisión Europea en la aplicación del Reglamento 4064/89 sobre Concentraciones, la que se abstiene de considerar que la mera tenencia de una cuota de mercado del cincuenta por ciento supone una presunción de posición dominante

El TDC antes de alinearse a la doctrina del Tribunal Europeo entendía que la cuota de mercado era el elemento esencial de la posición dominante.

Posteriormente en la *Sentencia Bacardi* proclamo que “una elevada cuota de mercado (70%) de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es solo un factor que con el concurso de otros puede procurar una posición de dominio”

La doctrina actual del TDC entiende que no corresponde atribuir posición de dominio porque haya altas cuotas de mercado o que no la hay porque la cuota sea baja, habrá de analizarse los otros requisitos necesarios para que exista una posición de dominio: *poder de mercado e independencia de comportamiento*.

Barreras de Entrada

Son definidas como aquellos costes o dificultades que puede tener una empresa para entrar en un nuevo sector productivo.

Se identifican las siguientes barreras de entrada: a) obstáculos legales (existencia de patentes y marcas, existencia de un monopolio legal, etc.)

b) inversiones de capital, c) las economías de escala que se obtienen al elevar el volumen de producción y frenan el acceso al sector por parte de nuevas empresas, d) dificultad de acceso a los canales de distribución.

El TJE en las sentencias *Hoffaman – La Roche y United Brands* identificó como barrera de entrada las inversiones elevadas que deban realizarse.

Señala Gabriel Martínez Medrano (19) “ Uno de los economistas que mejor ha estudiado la estructura de mercado es Michel Porter..., en su obra señala las siguientes barreras de entrada: i) economías de escala, ii) diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado,iii) necesidades de capital, iv) acceso a los canales de distribución (por ej: el limitado espacio físico en las góndolas del supermercado),...”

4.2.2 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica.

Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino mas bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

La Comisión Europea (20) ha entendido que ciertas prácticas anticompetitivas, (boycotts, cartéles de importación, etc) pero también de ciertas restricciones verticales (por ejemplo, acceso discriminatorio a asociaciones de empresas, cuando ser miembros de la asociación es necesario para acceder al mercado; acuerdos exclusivos) o determinados abusos de posición dominante (precios predatorios, denegación del acceso a instalaciones esenciales,etc) son obstáculos a la entrada que aíslan los mercados. En caso contrario dichas prácticas atraerían la entrada.

(19) Martínez Medrano, “ El Abuso de Posición Dominante en la ley Argentina de Defensa de la Competencia” – Boletín Latinoamericano de Competencia – Nro. 14 – Abril 2002

(20) Comunicado de la Comisión Europea de fecha 23 de febrero de 1998 – (98-0882)

4.2.3 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica. Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino mas bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

V) ABUSO DE POSICION DOMIANTE

En Uruguay el art.1321 del Código Civil dispone: “El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte.”

Es admitido pacíficamente en nuestro país, que este artículo consagra la Teoría del Abuso de Derecho.

Siguiendo los antecedentes de nuestra legislación en defensa de la competencia, acudiremos para la definición del abuso de posición dominante a las sentencias del TJE, la Comisión Europea y del TDC.

De acuerdo a lo ya expuesto en el numeral IV) sobre Posición Dominante, el concepto objetivo sobre posición dominante parte con la *Sentencia Continental Can*, antes se sostenía un concepto subjetivo en donde se exigía que la empresa con posición dominante desplegara todo su poderío para cometer el abuso.

En la Sentencia se dijo: “...constituye abuso fuera de toda falta el que una empresa en posición dominante refuerce esta hasta el punto de comprometer la libertad de comportamiento del consumidor.”

La sentencia *Hoffman – La Roche* declaró “...el concepto de explotación abusiva es un *concepto objetivo*.”

La doctrina que sigue esta concepción objetiva, entiende que para poder imputar a una empresa de abuso de posición dominante no es necesario que realice una conducta explotativa, sino que bastaría que la empresa dominante aunque lleve a cabo una conducta correcta puede llegar a ser una conducta explotativa desde su posición de dominio.

Se deduce que no interesa la conducta, sino quién la realiza; lo que para una empresa que no tiene posición de dominio no es reprochable, para una empresa con posición dominante esta prohibido.

Con la ya nombrada sentencia *United Brands* del año 1978, se estableció 189:” ...que l’existence d’une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de preserver ses propres interets commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaques, et qu’IL faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculte d’ accomplir les actes qu’ elle juge appropries en vue de proteger sesdits interets, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu’ ils ont precisement pour objet de renforcer cette position dominante et d’ en abuser.”

Este término razonable es utilizado por primera vez para medir la licitud de los actos de la empresa dominante.

Este mandato implica que la empresa dominante debe reaccionar frente a sus competidores para proteger sus intereses particulares siempre que sea razonable y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar su posición dominante o abuse de la misma

La Comisión Europea en su *Decisión BPB Industries PLC*, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente

En este mismo sentido se ha definido a través de la sentencia *Michelin* (21)

La Comisión Europea en su *Decisión BPB Industries PLC*, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente de un distribuidor dominante destinada a impedir el acceso de los otros competidores a los clientes.

(21) TD Competencia Resoluciones - Resolución 456/99 Retevisión c/ Telefónica del TDC: “El abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores .Es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario (caso 322/81 Michelin) y español (Resolución de 26 de febrero de 1999, Exp.413/97 Ariel c/ Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, ya que solo así se derivaran los efectos beneficiosos de la competencia.”

Aquí el agente económico no busca mejorar su posicionamiento mediante mejores precios o mejores servicios o un mejor producto, sino sencillamente que la restricción de la competencia esta dado por un comportamiento exclusivo.

Idéntico criterio ha sostenido el TDC Español en su sentencia de *Airtel c/ Telefonica* – “De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes citada, TSM y Telefónica como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tenían una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades.”

“ Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un “**cierre de mercado**” como interpretan las imputadas, pues admitir esta afirmación en términos estrictos, no solo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino que supondría una restricción muy importante en la aplicación del art. 6 de LDC... y se resuelve que se ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el art.6 de la ley 16/89 consistente en dificultar la

entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL S.A. mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes ...”(22)

(22) Tribunal de Defensa de la Competencia – Resolución 413 – Expedientes Sancionadores; se trataba de la suscripción de contratos de exclusividad con los distribuidores de telefonía móvil analógico. La Sentencia en cuestión afirmó: “De acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, los compromisos de compra en exclusiva no están prohibidos con carácter general. La apreciación de sus efectos en el mercado depende de las características de este último (sentencia 28 de febrero de 1991, Delimitis C-234/89, sentencia de 1 de abril de 1993 BPB Industries plc y British Gypsum Limited.”

Resulta de interés el voto discrepante del vocal Pascual y Vicente respecto a esta resolución, los argumentos mencionan la Sentencia del TJE del 26 de noviembre de 1998 sobre una empresa periodística

En el caso *Retelevisión c/ Telefónica*, el Tribunal Español afirmó: “*En realidad, el abuso de posición dominante, sobre todo en su aspecto anticompetitivo, puede revestir una gran cantidad de formas, y con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de precedentes formales y no se repiten con las mismas características. Lo que subyace en común a todos los casos de abuso, son independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia, tal como señala la sentencia Hoffman –La Roche del TJE”(23)*

En el *Informe Anual sobre la Política de Competencia de 1996*, la Comisión Europea, estableció el criterio: “*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 aun 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.*”

Reiteramos esta concepción objetiva del abuso de posición dominante deriva en la especial responsabilidad de comportamiento que tiene la empresa dominante, responsabilidad esta que no es exigida a las empresas no dominantes.

En *Retelevisión c/ Telefónica*, se ha ido más lejos aún en materia de responsabilidad al afirmar: “*Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones*

(23) Tribunal de Defensa de la Competencia – Expedientes Sancionadores Nro.456/99
de sus competidores, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.”

Tenemos entonces que no solo se exige a las empresas con posición dominante un comportamiento responsable en relación con los otros agentes económicos, sino que las mismas deben mantener el mismo espíritu empresarial.

Esta jurisprudencia del TJE sobre la exigencia de responsabilidad de las empresas dominantes es continua. Ver *Sentencia Michelin de 1981, ver Sentencia Irish Sugar de 1999.*

En la multitudada sentencia *Retelevisión c/ Telefónica*, el TDC distingue el comportamiento lícito e ilícito de la empresa dominante, Fundamentos de Derecho – 14: “*Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, La Comisión y el Tribunal de Justicia Europeos han venido utilizando el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva (Centre Belge d’Etudes de Marche Telemarketing, 1986, Tetra Park 1998, BPB 1999) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.*”

Se advierte que la jurisprudencia europea y también la española que la sigue, reconoce dos tipos de abusos.

El abuso explotativo es el que se desarrolla por parte de quién tiene posición de dominio y 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 de quién tiene posición dominante y se sirve de la misma para excluir a sus rivales, o sea la disminución de la franja competitiva de un mercado.

VI) EL MERCADO RELEVANTE

La importancia de la determinación del mercado relevante no es caprichosa, resulta el mapa del que surgirá cuales son los competidores reales de las empresas afectadas, y si esos competidores tienen la capacidad de restringir la competitividad.

La delimitación que se haga del mercado relevante generará en el caso de una definición amplia una subestimación de cuotas del mercado, y si se lleva a cabo una definición estrecha resultara una sobreestimación de las cuotas de mercado.

Las autoridades de competencia europeas, han formulado a través de la Comisión Europea una comunicación sobre la definición del mercado relevante.

Según la *Comunicación (97/C 372/03) el mercado del producto relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso.*

Basta recordar la Sentencia United Brands que se ampara en uno de los criterios para apreciar la sustitución del producto (las características técnicas del producto) en la que se expresaba: “ las posibilidades de competencia en relación con el art. 86 del Tratado deben ser examinadas en función de las características del producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que lo diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ellos, y que no sufra su competencia de manera sensible.”

Por su parte la *Comisión Europea* :” El mercado de productos pertinente incluye, además de los productos objeto del acuerdo, cualquier otro producto idéntico o equivalente...los productos de que se trate han de ser intercambiables, aspecto éste que ha de ser apreciado por los consumidores en principio, han de tomarse en consideración conjuntamente las propiedades de los productos, su precio y su uso. En casos específicos, algunos productos pueden, sin embargo, constituir un mercado distinto en razón de sus propiedades, de su precio o de su utilización, es lo que ocurre sobre todo cuando los consumidores manifiestan preferencia respecto de ellos.”(24)

(24) Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del art. 85 (DOCE Serie C Número 231 del 12 de setiembre de 1986) -Citada por Gabriel Martínez Medrano –Boletín Latinoamericano de Competencia- Nro.14 Año 2002
Y el *mercado geográfico relevante comprende las zonas donde desarrollan las actividades las empresas afectadas por otro agente económico.*

VII) CONCLUSIONES

La figura Abuso de Posición Dominante es conjuntamente con los pactos colusorios las conductas anticompetitivas legisladas por Uruguay.

Lo que se sanciona es el abuso de la posición dominante y no la posición dominante *per se*, nuestra legislación ha seguido el modelo europeo también en no definir que se entiende por posición dominante y abuso de la misma.

La posición dominante de acuerdo a la jurisprudencia europea y la española que la sigue, contiene dos aspectos básicos para definirla: poder de mercado e independencia de comportamiento frente a los competidores, consumidores y proveedores.

También es de resaltar que no interesa la conducta sino quién la desarrolla,- lo que para una empresa no es reprochable por carecer de posición de dominio, para quién si la tiene la conducta esta prohibida.

BIBLIOGRAFIA

Abreu Bonilla, Sergio - Mercosur e Integración – Fundación de Cultura Universitaria – Montevideo, 1991

Barbé Pérez, Héctor – “ Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo” en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado - Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

Bugallo, Beatriz – Abuso de Posición Dominante derecho comparado y derecho uruguayo, Revista de la Universidad de Montevideo – 2002

Caffera, Gerardo – El Negocio Jurídico y la legislación nacional sobre Defensa de la Competencia, Anuario de Derecho Civil Uruguayo – Tomo XXXI, pag. 581

Cajarville Peluffo, Juan Pablo – “ Recursos Administrativos” – Fundación de Cultura Univesitaria – Edición Actualizada ley 17.243 – 2000

Delpiazzo, Carlos “ Desafíos actuales del Control” – Fundación de Cultura Universitaria, 2001

Dromi, Roberto “ Competencia y Mercado” – Ciudad Argentina – 1999

Ferrer, Daniel – “Prácticas Anticompetitivas y Abuso de Poder Económico” Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993

- Fernández Ordoñez, Miguel** – “ La Competencia” Edición 2000 Madrid
- Gamarra, Jorge** – Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, pág.203
- Gros Espiell, Héctor** – MERCOSUR El Tratado de Asunción –Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo – 1991
- Instituto Artigas del Servicio Exterior**, Evolución del Mercosur. OEA 1994
- Julliet, Rénee – Rabe, James** – “Monopolization and abuse of Dominant position” – Universidad de Lege –1970
- Olivera García, Ricardo** – Introducción al Derecho de Competencia en “ El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia”. Universidad de Montevideo –2001
- Pascual y Vicente, Julio** – “ Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa” – Editorial Civitas –2002
- Peirano Facio, Jorge** “Responsabilidad Extracontractual” pags. 292 y 293
- Pellicer Valero, Jesús** – “ Las prácticas abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967, pag. 339
- Real , Alberto Ramón** – “ Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguayaya” en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” – Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001
- Ruiz Diaz Lambrano, Roberto** – “Mercosur Integración y Derecho” Editorial Ciudad Argentina –1998
- Tradacete, Angel** “ Aplicación Práctica de la Prohibición de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Derecho Comunitario - 2002
- Vogel, Luis** “Droit de la Concurrence et la Concentration Economique “ 1988

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES UTILIZADOS EN LAS DECISIONES DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA VENEZOLANA

Por: Zulmari J. Artigas y M^a Antonieta Magaldi (*)
e-mail: zulmariartigas@yahoo.com y mariantonieta@cantv.net

Introducción:

El objetivo principal de este artículo consiste en establecer los elementos que permiten caracterizar un mercado relevante de bienes o servicios en los análisis de competencia elaborados por los funcionarios de las agencias de competencia, ya que el establecimiento o determinación de dicho mercado constituye un paso previo a cualquier actuación en el campo del derecho de la competencia, encaminada a valorar el carácter competitivo o anticompetitivo de una determinada conducta.

De forma muy general, un “mercado” está compuesto por un conjunto de empresas que producen un mismo producto/servicio o un conjunto de productos/servicios relacionados entre sí.¹No obstante, en el sentido de la defensa de la competencia hay que ver qué es lo que se busca demostrar, para lo cual es necesario identificar las fuerzas, vía demanda y vía oferta, que disciplinan a la empresa en cuestión en su política de precios, impidiendo que ésta pueda elevar precios y que esto le salga rentable.

Según, George J. Stigler² “...esta batalla de la definición de Mercado, que es peleada miles de veces en todas las demandas antitrust, ha recibido muy poca atención de los economistas. Excepto alguna relación puntual con la elasticidad cruzada de demanda y de oferta, la delimitación de los mercados ha permanecido como un área inexplorada de la investigación económica” .

Muchos autores argumentan que para que una definición de mercado sea lo más apropiada posible, es muy conveniente que sean muy elevadas (en valor absoluto) las elasticidades precio cruzadas entre los productos que lo forman, y muy bajas con respecto a otras mercancías. Además debe estar compuesto por todos los productos que tienen capacidad tecnológica semejante. En la práctica no siempre es fácil aplicar la regla de las elasticidades. Debido a la presencia de diferenciaciones de producto en forma gradual y a la posible sustitución en cadena. Además la definición geográfica del mercado tiene los mismos problemas que el valor crítico de la elasticidad cruzada.

En vista de las dificultades, para obtener una definición rigurosa de mercado relevante, que se apoye en una metodología objetiva, las agencias de competencia sin perder la esencia de lo que se busca delimitar, han establecido sus propios lineamientos y reglamentos internos, que sirven de base para obtener el resultado más exacto posible dada la mejor información disponible. Todos estos esfuerzos para determinar el mercado relevante, no se realizan porque la definición de mercado sea un fin mismo, sino porque está universalmente admitido que dicha definición provee del marco analítico necesario para determinar la existencia de poder de mercado, que a su vez es esencial en la determinación de si dicha conducta u operación tiene o no capacidad de restringir o falsear la libre competencia o de perjudicar a los consumidores.

Ciertamente, luego de diez (10) años de existencia, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Procompetencia, ha acumulado valiosas experiencias en cuanto a la delimitación de mercados relevantes, en Resoluciones de numerosos procedimientos administrativos emitidos hasta la presente fecha, en análisis de operaciones de concentraciones económicas y más recientemente en la determinación de mercados relevantes con características muy particulares, a través del trabajo que se ha venido realizando en el marco de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

(*)Economistas Especialistas de Competencia de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Caracas Venezuela. Los comentarios emitidos en este artículo son responsabilidad absoluta de sus autoras, no representan en ningún momento una posición oficial de la Agencia de Competencia.

¹ Cabral Luis, *Economía Industrial*, Ediciones Mc Graw Hill, España. 1997. Pp. 15.

² Stigler George, *The Economists and the Problem of Monopoly*, 72Am.Econ.Rev.1 (1982), Pp. 9

Es así como basándonos en las normativas que regulan las políticas de competencia en el territorio venezolano y en las doctrinas establecidas por esta agencia, pasamos a conceptualizar y a describir las dimensiones y elementos que han sido evaluados para establecer los mercados relevantes de bienes y servicios que constituyen la columna vertebral de las Resoluciones, investigaciones y opiniones, emitidas por esta Superintendencia.

Definición de Mercado Relevante:

Conceptualmente, el mercado relevante se refiere al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.³

A efectos prácticos se consideran las dimensiones mercado producto y mercado geográfico, para establecer el mercado relevante.

1. EL MERCADO PRODUCTO:

El mercado producto se define, como el conjunto mínimo de productos o servicios, cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenible en el tiempo. Agregando a dicho grupo de productos, aquel que resulte ser el mejor sustituto cercano del producto o servicio ofertado. Es decir, el mercado producto, comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio y el uso que se prevea hacer de ellos.

Para determinar el mercado producto se han evaluado los siguientes aspectos:

1.1 Sustituibilidad por el lado de la demanda:

“Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado, la sustituibilidad por el lado de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.”⁴

El elemento sustituibilidad por el lado de la demanda, determina que productos son suficientemente similares en cuanto a su uso, precio y atributos para ser contemplados por los usuarios como sustitutivos razonables de otro. Es así como esta sustituibilidad puede esquematizarse según nuestros lineamientos para la evaluación de concentraciones económicas, en los siguientes dos aspectos:

1. que los compradores puedan cambiarse a productos sustitutos; y
2. que los compradores puedan cambiarse al mismo producto vendido en otras áreas geográficas.

Ahora bien, es necesario distinguir entre la sustituibilidad por el lado de la demanda como concepto y como metodología analítica. Ya que en esta segunda acepción es donde surgen los problemas, pues es difícil cuantificar ese grado de “intercambiabilidad razonable”.

Los elementos que determinan la sustituibilidad por el lado de la demanda son:

- a) La prueba de la elasticidad cruzada de la demanda; es decir, la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio del otro. La elasticidad cruzada es positiva si los bienes son sustitutos y es negativa si los bienes son complementarios.

Lamentablemente, esta metodología no es perfecta, ya que bajo la conceptualización y aplicación de la regla de las elasticidades cruzadas, pueden presentar problemas tales como:

- Diferenciaciones del producto se dan de forma gradual, lo cual hace complicado establecer un valor crítico de la elasticidad precio que permita decidir cuándo dos productos forman parte de un mismo mercado y cuándo no. Por ejemplo, ¿es adecuado definir el mercado de colas (Cocacola, Pepsicola, etc.), o, se debe ampliar el mercado definiéndolo en términos de refrescos?.
- Posibles sustituciones en cadena, las cuales se presentan frecuentemente en los productos farmacéuticos: el producto 1 es útil para los usos terapéuticos A y B; el producto 2 es útil para B y C; y el 3, para A y C. Tanto si definimos el mercado a un nivel más bajo de aplicación, con lo que tendríamos los tres mercados diferentes A, B, C, como si lo definimos de un modo más amplio: un solo

³ Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Lineamientos para la evaluación de concentraciones económicas, G.O. N° 36819, 1 de Noviembre de 1999.

⁴ Díez Fernando, Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante de la Comisión europea y las Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EEUU, Universidad Antonio de Nebrija, 2002. Pp.10.

mercado A+B+C, aparece una inconsistencia al aplicar la regla de las elasticidades, pues teóricamente dado el principio de transitividad ambos resultados serian correctos.

- b) Características del Consumidor: Visión, comportamiento e identidad de los consumidores. El mercado producto depende en gran medida, de la sustituibilidad desde la perspectiva de los compradores marginales⁵, ya que la valoración que éstos hacen de los atributos del producto y de sus posibles sustitutos, proveen información acerca de la probabilidad de sustitución por parte de ellos. De esta manera si dos productos son vendidos a dos consumidores diferentes, es posible que estos productos no sean sustitutos. Ahora bien cabe distinguir, que cuando el producto analizado forma parte de la materia prima de otro producto y no es fácilmente distinguible dentro del producto final, el mercado producto se define normalmente en función de las preferencias directas de los consumidores marginales sobre el producto final. Y cuando la oferta consiste en una cartera o paquete de productos, las carteras o paquetes completos, constituirán el mercado de producto si los mismos- y no los productos individualmente- son considerados por los compradores como sustitutos.⁶
- c) Características y usos del producto o servicio en cuestión así como de sus posibles sustitutos: dentro de este aparte se examinan las propiedades de los productos o servicios, los usos y necesidades para los cuales son adquiridos por los consumidores, las funciones, los costos de cambiar de un producto a otro tanto en términos de tiempo como de dinero.
- d) Evolución de precios reales (tanto del producto como de los eventuales sustitutos): el análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda, implica la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutos. Para llegar a esta determinación puede realizarse un ejercicio mental que presuponga una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos y que analice la posible reacción de los consumidores frente a esta variación. Según el Merger Guidelines, publicado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, se considera que una variación de los precios es significativa cuando esta representa entre un 5% y un 10% en los precios relativos de los productos.⁷ En los casos en los que se evalúan prácticas de abuso de posición de dominio los precios constituyen, la variable fundamental en la determinación del mercado relevante, a diferencia de los casos donde se evalúan acuerdos horizontales, concentraciones económicas o fusiones, donde el hecho de que los precios estén a un nivel supracompetitivo no es lo relevante, sino evaluar si estas prácticas conllevan a un deterioro en las condiciones de competencia en el mercado.

Es importante especificar, que si bien dependiendo del mercado ha analizar una variable puede tener más peso que otra, esta Superintendencia, no considera que el resultado individual que arroje cada una de estas variables por separado, sea condición suficiente para establecer la sustituibilidad por el lado de la demanda. Esto significa, que solo la interrelación entre estos determinantes del mercado, es lo que permite establecer la sustituibilidad por el lado de la demanda.

De las últimas decisiones tomadas por Procompetencia, vale la pena recoger una serie de elementos considerados en el análisis de la sustituibilidad por el lado de la demanda. En primer término, la precisión acerca de la utilidad de la información que se desprende de los estudios de mercadotecnia realizados expresamente por las empresas afectadas o por sus competidores en el mercado de una operación de concentración o de un procedimiento. En este sentido, en la Resolución N° SPPLC/004-2002 de fecha 1° de febrero de 2002, los resultados de un informe elaborado para el respectivo expediente y consignado por una de las partes involucradas no fue considerado por la Superintendencia como elementos suficientes para reflejar el patrón de comportamiento del consumidor, al no haberse realizado en el pasado, o en el curso normal de las actividades de la empresa.

Otro ejemplo a considerar en este punto se trata de la Resolución N° SPPLC/0034-02 de fecha 26 de septiembre de 2002, en donde la empresa denunciante presentó estudios de mercado para la delimitación del mercado producto. Sin embargo, las preguntas realizadas, así como las respuestas de las mismas, no fueron menciones espontáneas, sino preestablecidas, bien sea por la propia denunciante o por la empresa encuestadora, lo cual

⁵ Se entiende por consumidores marginales aquellos que son más sensibles a los cambios en los precios, es decir, aquellos que con mayor probabilidad se cambien de un bien o servicio a otros que considere sustitutos ante variaciones de los precios. Ver Conrath, Craig "Practical Handbook of Antimonopoly Law, Enforcement for an Economy in Transition", 1995.

⁶ Esto último ocurre por lo general, cuando se evalúan mercados relevantes de servicios, como por ejemplo los que forman parte del sector telecomunicaciones.

⁷ Es importante recordar que en mercados tan concentrados como los nuestros estos porcentajes de significancia son solo indicativos, pues la estructura y composición del mercado, podrían restarle peso a dicho margen.

desvirtúa los resultados que pudieran derivarse de tales estudios. La decisión al respecto por parte de la Superintendencia fue la de desechar las preguntas y respuestas que no fueron espontáneas de los encuestados.

En segundo lugar, la utilización del concepto de consumidor promedio versus el de consumidor marginal nos permite verificar que si bien los estudios de mercadotecnia ayudan a determinar el perfil del consumidor, sus hábitos de consumo y sus inclinaciones de sustitución de un producto, los resultados obtenidos reflejan a un consumidor promedio, y no a uno marginal, el cual sería el relevante para el análisis de competencia. El comportamiento del consumidor marginal, se desprende del análisis de las elasticidades de precio cruzadas. Sin embargo, dadas las limitaciones derivadas de la carencia de información estadística confiable, los resultados de los estudios de mercadotecnia solamente sirven de aproximación para determinar la sustituibilidad por el lado de la demanda a través del conocimiento del comportamiento del consumidor promedio.

Un tercer elemento se trata de la consideración de la medición de la sustitución entre productos o servicios en ausencia de los mismos o en condiciones de escasez, debido a que el comportamiento de los consumidores bajo tales circunstancias no pueden extrapolarse hacia condiciones de normalidad.

Un último elemento mencionado en la Resolución N° SPPLC/0034-02 de fecha 26 de septiembre de 2002, se refiere al concepto de mercados adyacentes, definidos como a aquellos donde se ofrecen productos que pueden ser interpretados como sustitutos cercanos a los considerados en una definición convencional o restrictiva del mercado relevante. Al respecto la Superintendencia negó categóricamente la existencia de mercados adyacentes en los cuales se ofrecieran productos sustitutos cercanos al producto relevante pero que no estén en el mercado relevante.

Sustituibilidad por el lado de la oferta:

El lado de la oferta está relacionado con la conducta de los vendedores, es decir, con los términos en los que las empresas producen y venden sus productos. De esta manera, haciendo la analogía con el estudio de productos o servicios sustitutos para el consumidor, en este aparte se analiza el comportamiento de los vendedores como reacción ante la conducta de un monopolista hipotético.

En la doctrina estadounidense el test del monopolista hipotético para el lado de la oferta considera la reacción de los vendedores si se diera una *subida pequeña pero significativa y no transitoria* en los precios del producto o servicio relevante, manteniendo los precios del resto constante. Desde el punto de vista de la Unión Europea se realiza el mismo análisis pero en función de la respuesta por parte de los oferentes ante *pequeñas variaciones permanentes de los precios relativos*.

La doctrina de Procompetencia en este punto se acerca más a la interpretación europea, debido a que se analiza el comportamiento de los vendedores del producto o servicio relevante en el caso de que un monopolista hipotético pudiera imponer un *aumento significativo y no transitorio del precio* de ese producto o servicio relevante de tal manera que la entrada de un nuevo competidor conduciría a un incremento en la oferta y de esa forma, impulsaría a los precios a la baja hasta sus niveles originales (Resolución N° SPPLC/0034-96, de fecha 09 de diciembre de 1996).

Ahora bien, resulta importante aclarar también la diferencia existente entre lo que se realiza en el análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta y el término conocido como competencia potencial en las doctrinas señaladas. Así, para el caso de la Unión Europea, se entiende que la sustituibilidad por el lado de la oferta requiere un impacto en términos de eficacia y de respuesta inmediata equivalente al efecto de sustitución de la demanda, mientras que el análisis de la competencia potencial (al menos en los casos de evaluaciones de operaciones de concentraciones económicas) no se tiene en consideración en la delimitación del mercado relevante, debido a que requiere del análisis de factores y circunstancias específicas relacionadas con las condiciones de acceso (Comunicación de la Comisión 97/C 372/03, punto 24).

Por su parte, según los lineamientos de Estados Unidos para la Evaluación de Fusiones del año 1992, una vez determinado el mercado relevante, se identifican dos tipos de participantes en el mismo: aquellos que actualmente están produciendo o vendiendo el producto relevante y otros que se les denominan “entrantes no comprometidos”, empresas que **no están produciendo o vendiendo** el producto relevante en el área relevante pero que podrían entrar en dicho mercado dentro de un año como respuesta a un pequeño pero significativo y no transitorio aumento de precios. Si algún entrante comprometido requiere de más tiempo para entrar en el

mercado o incurre en costos hundidos significativos, no se considera como una empresa participante en el mercado relevante.

En las decisiones de Procompetencia y en los propios Lineamientos para la Evaluación de Concentraciones Económicas, se utiliza nuevamente una interpretación más cercana a la estadounidense. En los citados Lineamientos se establece que *para determinar hasta qué punto existen fuentes de competencia potencial por el lado de la oferta se deben tomar en cuenta aquellos vendedores que no están produciendo o vendiendo actualmente el producto relevante, pero podrían en el corto plazo y a bajo costo ofertar dicho producto, o un sustituto, en una cantidad suficiente como respuesta a un pequeño incremento, de manera tal que el precio vuelva a su nivel original*. Posteriormente en este mismo punto de análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta se señala que *a estos entrantes potenciales que pueden responder mediante la sustitución o extensión de la oferta o a través de la construcción o adquisición de maquinaria de manera rápida y sin incurrir en costos hundidos significativos a la entrada o a la salida, ante un aumento pequeño pero significativo y no transitorio en el precio se les denomina “entrantes no comprometidos”*.

En tal sentido se observa que en la doctrina de defensa de la competencia venezolana se ha incluido en el análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta a aquellos vendedores que no están produciendo o vendiendo actualmente el producto relevante pero podrían hacerlo de manera suficiente y oportuna, a los “entrantes comprometidos” y a los competidores potenciales, dándole un tratamiento indistinto a estos conceptos.

Siguiendo esta interpretación, para que un agente sea considerado como un **competidor potencial** en la doctrina venezolana debe cumplir con dos requisitos fundamentales: debe poder entrar al mercado en el corto plazo (de manera oportuna) y debe hacerlo sin costos de entrada significativos. En cuanto al primero de estos requisitos, nuevamente existe una divergencia. Según la Unión Europea se entiende como corto plazo un periodo que no suponga un ajuste significativo de los activos materiales e inmateriales, es decir, no se predetermina cuál sería dicho periodo de tiempo, el cual podría ser desde unas semanas hasta unos meses. No obstante, según los Mergers Guidelines estadounidense, dicho periodo para los “entrantes no comprometidos” debe ser de un año. En este punto, vale la pena destacar que no existe en la doctrina de Procompetencia expresa mención en alguna decisión acerca de cuánto debe ser este periodo, ya que se ha tratado bajo el concepto de oportunidad.

Con relación al segundo requisito, resulta importante destacar dos posibles situaciones en cuanto a la entrada de nuevos competidores: 1) si los nuevos competidores requieren adaptar equipos actuales de producción o venta para la sustitución o para la extensión de la oferta y 2) si requieren la construcción o adquisición de activos que permitan la producción o venta en el mercado relevante.

Para el análisis de este punto, en las decisiones de Procompetencia se determina el proceso de producción o prestación del producto o servicio relevante, respectivamente, para luego establecer cuáles serían las barreras a la entrada que esos nuevos competidores deberían sobreponer para considerarse como amenaza cierta de los operadores que se encuentran en el mercado.

Las barreras a la entrada a considerarse en este análisis se pueden dividir en dos tipos: las barreras legales y las económicas. Para determinar si existen barreras legales se debe estudiar la legislación vigente (existencia de barreras arancelarias o no arancelarias al comercio o se medidas que establezcan derechos antidumping o compensatorios, según el Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, artículo 2°, numeral 2), regulaciones sectoriales, normativas técnicas, etc.

Por su parte, como barreras económicas se deben considerar en primer lugar las inversiones requeridas para entrar al mercado, tales como instalaciones productivas, redes de distribución y comercialización, tecnología, promociones y publicidad. En segundo término el acceso a materias primas y otros recursos esenciales para operar, tanto físicos como inmateriales, pueden constituir también una barrera de entrada, debiendo analizarse en este ámbito los derechos de propiedad intelectual. En tercer lugar, las posibles limitaciones derivadas de economías de escala, de alcance y de red de los operadores establecidos, así como el grado de integración vertical de los operadores instalados.

Por último, también se consideran como barreras económicas aquellas derivadas de los costos hundidos, es decir, aquellos costos que no pueden recuperarse si se produjera una salida del mercado, tales como las inversiones en maquinarias adaptadas específicamente a la producción de un determinado bien, los gastos en

publicidad necesarios para el establecimiento de una marca, las inversiones en investigación y desarrollo, entre otros.

2. EL MERCADO GEOGRÁFICO:

En esta dimensión del mercado relevante se trata de delimitar el área geográfica que debería controlar un monopolista hipotético para estar en capacidad de imponer un incremento de precios significativo y no transitorio. El test del monopolista hipotético en este caso se basa en determinar si la demanda a corto plazo del producto o servicio relevante se desplazaría hacia otra localidad ante un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del precio, sin necesidad que los consumidores incurran en un coste significativo.

De las decisiones de Procompetencia se observa que los factores más importantes considerados para delimitar esta área geográfica son los costos de transporte y el análisis de los niveles de importaciones dentro del factor denominado competencia extranjera. Asimismo también se consideran condiciones de transabilidad o no del producto, es decir, si el producto relevante presentan características asociadas con fragilidad o perecibilidad que reducen su posibilidad de transportarlos.

Si se trata de un producto transable, que posee un precio homogéneo en áreas geográficas distantes y no existen barreras legales o económicas importantes que conlleven hacia un alto nivel de importaciones, se concluye que el mercado podría incluir el área internacional y posee las características de un mercado contestable, es decir, en caso tal que se creara o reforzara una posición de dominio, el comportamiento de dicho monopolista se vería disciplinado por las acciones de sus competidores efectivos, que en este caso resultarían ser los importadores.

No obstante, existen casos en los cuales aún cuando hay precios homogéneos entre regiones, estos podrían responder a la disposición de centros de distribución que han permitido diluir el costo de transporte y por ende radios geográficos que suponen precios uniformes. Este ha sido el caso de la delimitación del mercado geográfico en la Resolución N° SPPLC/004-2002 de fecha 1° de febrero de 2002, en donde se definieron cuatro (4) mercados geográficos correspondientes a las regiones en donde se ubicaban al momento las plantas de producción y comercialización de cerveza y malta en envases retornables.

CASO ESPECIAL/MERCADO RELEVANTE ESPERADO O A FUTURO:

Es decir, aquellos mercados en los cuales se analizan valores estimados de las variables que permiten la determinación de dichos mercados. Esto se debe a que los mismos no se encuentran establecidos actualmente, pues sus operadores son sólo agentes potenciales. En este sentido, la actual determinación de estos mercados puede verse afectada por la incertidumbre que incorpora su estimación a partir de valores esperados.

El análisis de estos mercados considera las variables tiempo e innovación tecnológica como determinantes fundamentales en la determinación de los mismos. Comúnmente, los mercados son delimitados por dos determinantes: un bien o servicio y un espacio. Sin embargo, autores como Fikentscher (*Wettbewerb und Gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, p.73), han incluido al “tiempo” como otro determinante de los mercados. El mencionado autor cita textualmente *“Las dimensiones bien o servicio, espacio y tiempo están entre sí unidas por una relación recíproca, de modo que el bien se determina a través del tiempo, y el tiempo a través del bien y del espacio”*.

La relación que existe entre estas variables constituye lo que se denomina interdependencia o interrelación de las determinantes del mercado. Esto significa, que por sí solas cada una de estas variables sólo pueden dar indicios sobre el mercado relevante dentro del cual se limita una determinada actividad económica. La interrelación entre estos determinantes del mercado, se acentúa cuando los mercados evolucionan rápidamente, debido a que en estos, el factor tiempo es trascendental. Uno de los principales indicios de la evolución de los mercados, lo constituyen las innovaciones tecnológicas.

El sector de telecomunicaciones, se ha caracterizado por ser vanguardista en la introducción de innovaciones tecnológicas, en el sentido de ser un mercado que siempre está en movimiento, por lo cual los bienes y servicios que en él se comercializan cambian muy rápidamente, y día a día los entes que intervienen en dicho mercado deben adelantarse a los resultados del mañana.

De lo anterior se desprende una intrínseca relación entre las variables tiempo e innovación tecnológica que ha sido arduamente estudiada desde 1995 por la *Federal Trade Commission*, bajo el título de “*Innovation Markets*” o Mercados de Innovación.⁸

El principal beneficio de los Mercados de Innovación, es que abarcan aquellos mercados que no son identificados por que las partes actualmente no son competidores directos dentro del mercado de producto. Estos mercados han sido una herramienta muy útil en la evaluación de fusiones, pues en ellos se consideran los efectos de las innovaciones sobre la competencia. Esta herramienta ha sido utilizada en dos particulares tipos de fusiones:

1.- En aquellas fusiones donde una sola de las partes a fusionarse compite en el mercado de producto del país en cuestión, pero ambas compiten para innovar sobre productos vendidos en el citado país (para más detalle ver la situación GM-ZF, del marco analítico utilizado por Gilbert and Sunshine, en el estudio de los mercados de innovación).

2.- Cuando ninguna de las partes a fusionarse son actualmente competidoras, porque el mercado de producto todavía no se ha producido (para más detalle ver el ejemplo N° 4 de la situación DOJ-FTC, *Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*)⁹

3. CONCLUSIONES:

a) El test del monopolista hipotético por el lado de la demanda, de la oferta y el mercado geográfico, se sustenta en la siguiente interrogante:

¿Qué sucedería con los consumidores / vendedores ante un aumento pequeño pero significativo y no transitorio de los precios?

- Hay sustituibilidad por el lado de la demanda si los consumidores compran otros productos
- Hay sustituibilidad por el lado de la oferta si entran nuevos competidores de manera suficiente y oportuna
- Se incluyen nuevas áreas en el mercado geográfico si los consumidores / vendedores las consideran sustitutas.

b) Hay ciertas dificultades para la delimitación de los mercados relevantes proveniente de la carencia de información cualitativa y cuantitativa confiable, siendo la base fundamental la elaboración de cuestionarios con las preguntas pertinentes.

c) Existen diferencias en cuanto a la interpretación de la competencia potencial en las doctrinas de competencia europea y venezolana. En las decisiones de Procompetencia se ha utilizado indistintamente los conceptos de sustituibilidad en la oferta y competencia potencial.

d) Existen casos especiales de mercados, que han llevado a analizar variaciones de la concepción estática de mercado que ha tendido a convertirse en doctrina, tal es el caso de los mercados a futuro o mercados esperados. Cuya característica fundamental es que los mismos no se encuentran establecidos actualmente, pues sus operadores son sólo agentes potenciales.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabral Luis, *Economía Industrial*, Universidad Nova de Lisboa, MC Graw Hill, España-Madrid, 1997. Pp. 15 a 21.
- Carroll G., Teece D., *Empresas, mercados y jerarquías/La perspectiva económica de los costos de transacción*, Oxford University Press, México, 1999.
- Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Texto N° 97/C 372/03.
- Conrath, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law, Enforcement for an Economy in Transition*, 1995
- Constantine Lloyd, *How Antitrust Should Assess the Role of Imports in Market Definition*, Delivered to Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition, Washington, D.C. October 19, 1995.
- Díez Estella Fernando, *Algunas consideraciones en torno a la Comunicación sobre Definición de mercado relevante de la Comisión Europea y la Merger Guidelines del Departamento de Justicia de EE.UU.*, Publicado en Anuario de la Competencia 2001, Fundación ICO-Marcial Pons, Pp. 321 a 349.
- Federal Trade Commission v. R.R. Donnelley & Sons Co., Meredith Corp., and Pan Associates, L.P., U.S., 27 de Agosto 1990.
- Herguera Iñigo, *La delimitación del mercado relevante en el nuevo marco regulador de las telecomunicaciones en la UE*, Universidad Complutense de Madrid, Mayo 2002.
- Kamien & Morton y Schwartz Nancy, *Market Structure and Innovation*, Cambridge Surveys of Economic Literature, London. 1982.Pp. 105 a 145.

⁸ Información obtenida de la página web de la Federal Trade Commission (<http://www.ftc.gov>)

⁹ Bajo esta premisa se analizó el Mercado Relevante de una nueva tecnología, solicitado por el ente regulador de las telecomunicaciones en Venezuela. El informe de esta opinión es de carácter confidencial.

- Preston R., Simons J. Y Williams Michael. Horizontal Mergers in Spatially Differentiated Noncooperative Markets, The Journal of Industrial Economics, Volume XL, December 1992.
- Stigler George, The Economics and the Problem of Monopoly, 72Am.Econ.Rev.1 (1982), Pp.9.
- Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Lineamientos para la evaluación de concentraciones económicas, G.O. N° 36819, 1 de Noviembre de 1999.
- Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, N° SPPLC/0034-96 de fecha 09 de diciembre de 1996, N° SPPLC/0034-02 de fecha 26 de septiembre de 2002, N° SPPLC/004-2002 de fecha 1° de febrero de 2002, N° SPPLC/031-2000 de fecha 20 de julio de 2000 y Consulta solicitada por Conatel.

UNA NUEVA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LOS CARTELES DE PRECIOS

Por: Ignacio De León.¹
e-mail: idl@econlex.com

INTRODUCCIÓN.

Tradicionalmente, la doctrina en materia de libre competencia es bastante uniforme en condenar los “carteles de precios” por considerarlos conductas restrictivas de la competencia. Igualmente, esta apreciación ha quedado recogida de modo unánime en la legislación internacional sobre la materia, para la cual es “per se” ilícita dicha práctica, dados sus “evidentes” efectos restrictivos sobre el mercado.

El propósito de este ensayo es contradecir esta posición, subrayando el peligro de apreciaciones simplistas sobre la juridicidad de las conductas en el mercado, a la vez que ofrecer algunas reflexiones sobre los riesgos de introducir un análisis economicista en la regulación de los mercados.

Nuestra tesis es simple: La juridicidad o antijuridicidad de una conducta es producto de la apreciación que los reguladores tienen sobre el funcionamiento de los mercados. Tradicionalmente, la visión predominante ha sido una que visualiza los mercados como estructuras, con referencia a un equilibrio “heurístico” que no se corresponde con la realidad evolutiva y orgánica de los mercados, brillantemente expuesta por Joseph Schumpeter en su “Capitalismo, Socialismo y Democracia” (1942). Como quiera que la apreciación ortodoxa de los mercados bajo la ciencia económica ha variado sustancialmente a lo largo del siglo XX, no es de extrañar que las decisiones judiciales sobre materias “claves” como los carteles hayan sido objeto de verdaderos bandazos jurisprudenciales. En suma, se pretende ilustrar de qué modo la ciencia económica ha influido en el Derecho y la regulación de los mercados, sin que ello haya contribuido en mayor medida a iluminar a los jueces sobre la juridicidad o no de las conductas empresariales que están llamados a regular.

Ciertamente, este ensayo no pretende desarrollar un análisis exhaustivo sobre la validez epistemológica del método empleado por los reguladores para extraer conocimiento de la realidad, a fin de poder tomar decisiones informadas. Sin embargo, se identificarán algunos criterios para la evaluación de los acuerdos de precios entre competidores susceptibles de restringir la competencia, tal como se desprenden del estado actual de la doctrina especializada en la materia. Esto tiene como propósito ofrecer criterios orientadores que permitan la mejor evaluación de las circunstancias fácticas que rodean las actividades de los acuerdos de precios entre competidores, y sus posibles efectos sobre el mercado.

A los efectos de resolver este problema, este ensayo aborda en primer lugar, la evolución histórica de la jurisprudencia norteamericana sobre los acuerdos entre competidores para la fijación de precios; en segundo lugar, el alcance condicionado de la prueba económica condicionado por la teoría económica empleada para conceptualizar la realidad; finalmente se hacen algunas disgresiones acerca de la teoría de organización industrial sobre estos acuerdos.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA CARACTERIZACIÓN CAMBIANTE DE LA ILICITUD DE CIERTAS CONDUCTAS EMPRESARIALES BAJO LAS LEYES DE COMPETENCIA.

Un buen ejemplo para ilustrar la dependencia de las calificaciones normativas establecidas en las leyes de competencia de la teoría económica subyacente es el caso de los acuerdos entre competidores para dictar condiciones en el mercado, y la forma cómo los tribunales han interpretado, en el curso de la historia de las políticas de competencia, el alcance de dichas restricciones a la luz de la dinámica de los mercados, dinámica que han percibido, como es natural, a través del prisma teórico.

De acuerdo con la explicación que antecede, la apreciación de las restricciones pro-competitivas derivadas de la realización de acuerdos restrictivos de la competencia que fijan precios entre competidores depende de la

¹ Ph.D. (Lon), M.Phil. (Lon.), LL.M. (Lon), LL.B. (Caracas). Profesor de Derecho y Economía Política, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. Edificio Fonseca 1, 13-D, Calle Geminis, Urb. Santa Paula, Caracas 1061, Venezuela. Tel/Fax: (58)(212)987.1329, E-Mail: idl@econlex.com Website: www.econlex.com. International Courier: CCS- 84185, P.O.Box 025323, Miami, Fl 33102-5323

apreciación sobre la causalidad de los hechos, esto es, de las teorías sobre la competencia y la Organización Industrial predominantes.

Igual sucede con el concepto de eficiencia que constituye la racionalidad económica detrás de esta legislación. Al respecto, no existe en teoría económica un concepto unívoco de eficiencia. Hay escuelas como la neoclásica, que apuntan a la consecución de una eficiencia en la asignación de recursos, en tanto que en otros casos, se busca la eficiencia productiva; otros enfatizan la eficiencia en la organización de los recursos o eficiencia "X", en tanto que la escuela neo-institucional enfatiza la eficiencia de las instituciones para ajustar las conductas de los participantes en el mercado en escenarios donde lo relevante es minimizar la incertidumbre en las expectativas, a fin de estimular la inversión productiva y maximizar en lo posible el Bienestar Social.

Esta es precisamente la razón que explica que las políticas de competencia paulatinamente hayan ido abandonando la tipificación de conductas anteriormente tenidas como *per se* contrarias a la competencia, que hoy día son ampliamente toleradas y hasta bienvenidas.² Abundan los ejemplos de cambio de parecer judicial sobre la condición anticompetitiva de ciertas iniciativas empresariales: La fijación del precio mínimo de reventa, los acuerdos entre competidores para intercambiar información, para desarrollo conjunto, los acuerdos para asignar mercados entre empresarios no competidores, y otros,³ producto de la pacífica aceptación de la regla de la razón, como mecanismo fundamental de análisis de las conductas restrictivas.⁴

Un repaso de la jurisprudencia permitirá al lector examinar mejor el alcance de esta afirmación, en cuanto atiene la caracterización de acuerdos para fijar precios entre competidores. Concentraremos nuestra atención en el caso norteamericano, el cual resulta muy ilustrativo por lo enjundioso de sus decisiones en el análisis de competencia, y por ser allí donde se hace la distinción de ilegalidad *per se* por una parte, y la ilegalidad sujeta a la regla de la razón por la otra, que es el eje del asunto a resolver en esta consulta.

Como claramente se evidencia de la tendencia jurisprudencial norteamericana que comienza en la década de 1920 y llega hasta la actualidad, la Corte Suprema de ese país ha ido acotando el alcance de la calificación *per se* a un universo cada vez más reducido de situaciones, en la medida que ha ido encontrando justificación pro-competitiva de las restricciones impuestas entre competidores sobre los precios. Ha quedado circunscrita la aplicación del criterio *per se* de tal manera que es cuestión de tiempo antes de que la misma sea completamente abandonada. De hecho, como ya se indicó anteriormente,⁵ la evaluación del carácter *per se* es un ejercicio al cual se llega *después* que la conducta ha sido examinada en sus efectos en el mercado, lo cual ha desnaturalizado su propósito inicial, cual fue el de servir de orientación práctica a las autoridades sobre los casos donde se daba por sentado el efecto restrictivo de las conductas examinadas.

1.1 La caracterización inicial de la regla *per se* en el asunto *Trenton Potteries*.

Si bien el caso *Standard Oil* ya había introducido la distinción entre la regla de la razón y la ilegalidad *per se*, fue solamente a partir el caso *United States v. Trenton Potteries Co.* (1927)⁶ que se estableció en toda su extensión el carácter sumarial del estándar dual de ilicitud *per se* versus el sujeto a la regla de la razón.

² Tal como destacan Sullivan y Harrison, destacan que la calificación de legalidad de las conductas en el mercado es producto de la misma definición cambiante de la noción de "competencia" que subyace a la política. En sus palabras: "Debido a que la política antimonopolios es el estudio de la competencia, el tema central es de qué manera ese término ha sido definido por los tribunales. Esta es la cuestión central. La respuesta (a esa pregunta) es una cuestión de política. Varía según la ideología de cada quien y las perspectivas de la historia legislativa y el desarrollo de las leyes antimonopolio y sus valores subyacentes." (Ver E. T. Sullivan y J. Harrison, Understanding Antitrust and its Economic Implications, Legal Text Series, Matthew Bender, 1988, pp. 2 y sgtes.) La literatura que narra de qué manera ha cambiado la concepción de prácticas, es en extremo abundante. En tal sentido, véase Baker y Blumenthal, "Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules," 31 Antitrust Bull. (1986): pp. 323, 324-325; A.D. Heale y D.G. Goyder, The Antitrust Laws of the United States, 3rd. Edition, 1980, pp. 439-443, 470;

³ En *The Antitrust Paradox*, R. Bork hace una extensa y contundente crítica sobre la vacilante jurisprudencia norteamericana, que le atribuye a la carencia de una guía normativa precisa orientadora de las decisiones judiciales. Según Bork, el Bienestar del Consumidor reúne las características necesarias para procurar la certeza legal necesaria en la identificación de casos restrictivos de la competencia. (R. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books Publisher, New York, 1978.)

⁴ De hecho, tal como dejó establecido en la decisión *Sylvania (Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 49, 1977)*, la Corte Suprema indicó que "la regla de la razón es el estándar tradicionalmente aplicado a la mayoría de las prácticas anticompetitivas bajo la sección 1 de la Ley Sherman." (Commissioner R. Starek, III, "Antitrust and Trade Associations at the FTC," Remarks before the Antitrust Committee and the Trade Association Committee of the Chicago Bar Association, Plymouth Court, Chicago, April 16, 1997.)

⁵ Ver Sullivan y Harrington.

⁶ 273 U.S. 392 (1927)

En este caso, se encontró culpable a veintitrés empresas y veinte individuos que habían fijado el precio de cerámicas para baños. Al instruir el jurado sobre el derecho aplicable, la corte de primera instancia le indicó que si bastaba con establecer la existencia de los acuerdos o prácticas denunciadas para concluir en la culpabilidad de sus autores, sin consideración sobre la conveniencia del precio fijado, o de las buenas intenciones deducibles de los acuerdos. Independientemente de si se incrementaban o reducían los precios, dichos acuerdos habrían de ser considerados restricciones inaceptables.

Pese a que los denunciados argumentaron la inconsistencia teórica de la instrucción sobre el derecho aplicable, la Corte Suprema mantuvo el criterio de la corte de primera instancia, rechazando el argumento de que los precios, a pesar de haber sido fijados, podían ser razonables. A tal efecto, sostuvo lo siguiente: “El fin y resultado de todo acuerdo para la fijación de precios, de ser efectivo, es la eliminación de una forma de competencia. El poder de fijar los precios, independientemente de si es ejercido de modo razonable o no, supone un poder de control sobre el mercado y de fijación arbitraria e irrazonable de los precios. El precio razonable fijado hoy puede convertirse en el precio irrazonable de mañana mediante los cambios de negocios y económicos.” (Subrayado nuestro)⁷

De este caso, se infiere que el propósito ilegal se infiere del acuerdo mismo. Ahora bien, es muy interesante la puerta que dejó abierta la Corte Suprema al destacar que para ser considerado per se ilegal, el acuerdo de precios está condicionado a que “sea efectivo.” Esta sería una cuestión que a la larga demostraría ser decisiva, en el cambio de actitud de la Corte Suprema en estos casos, al requerir la condición de que los participantes en dichos acuerdos tuviesen poder de mercado a fin de encuadrar la práctica como conducta per se.

1.2. El cenit de la prohibición per se de acuerdos para fijar precios. El caso *Socony*.

En *United States v. Socony Vacuum Oil Co.* (1940),⁸ la Corte se enfrentó con el problema de determinar si un acuerdo entre competidores para reducir la oferta en el mercado de productos derivados del petróleo era considerado como un acuerdo per se de fijación de precios. Pese a que el acuerdo no fijó o ató el precio exacto de la gasolina, la corte encontró unánimemente que una “manipulación que altera la estructura de precios” es en sí misma ilegal, lo que impidió argumentar una defensa basada en la necesidad de defender otros intereses o políticas. La Corte, por tanto, estableció que la conducta que *afecta* directamente los precios carece de utilidad social y debe ser condenada sin miramientos.⁹

La sentencia llegó incluso a desechar la necesidad de un poder de mercado, como condición previa a la calificación de ilegal, al indicar que: “es el contrato, la práctica o manipulación restrictiva del comercio lo que prohíbe la ley, independientemente de que la actividad concertada sea, ora incipiente, abortada, ora exitosa.”¹⁰

Socony es considerada como la decisión más contundente a favor del principio de ilegalidad absoluta de los acuerdos para fijar precios. No sólo desecha la condición de que las partes posean poder de mercado, sino que se extiende a un rango de prácticas capaces de “alterar la estructura de precios” sumamente flexible.

Por esta razón, a partir de ese entonces, comenzó una revisión sobre el principio de ilegalidad per se que no se ha detenido aun. Como observan Sullivan y Harrington, “muchos economistas disienten de la flexibilidad y amplitud de la regla establecida en *Socony*, así como de las premisas sobre los cuales fue tomada esta decisión. Primero, critican que carece de todo sentido condenar un acuerdo entre competidores que carecen de poder de mercado. En este sentido, es importante recordar que los carteles son condenados porque reducen la producción por debajo de los niveles de competencia e incrementan el precio por encima del costo marginal. El poder de mercado es un criterio para determinar si los competidores tienen la capacidad para alcanzar estos resultados. Si no hay poder de mercado, la producción de la industria no se reducirá, incluso si los miembros del cartel restringen su propia producción, porque otras firmas en el mercado incrementarán su producción, como respuesta a la acción del cartel. Así, en ausencia de poder de mercado con el cual hacer cumplir la limitación en la producción, los precios no se incrementarán. Muchos economistas concluyen que sin el requisito de poder de

⁷ *Ibid.*, pp. 397-398.

⁸ 310 U.S. 150 (1940)

⁹ *Ibid.*, p. 224.

¹⁰ Nota N° 59 de la decisión.

mercado, el acuerdo no es de fijación de precios. Por tanto, no debería estar sujeto a un criterio de licitud absoluta o *per se*.¹¹

Pero además, la regla de *Socony* tiene el inconveniente de hacer imposible que los demandados puedan presentar evidencia que justifique la realización de tales acuerdos, por razones pro-competitivas. Según estos autores, “en algunos casos, por tanto, la regla *per se* puede crear un freno excesivo que puede impedir la competencia creativa.”¹²

1.3. El cambio sufrido por la regla de ilicitud *per se* en los casos recientes de la jurisprudencia de los Estados Unidos.

Si bien el principio flexible de *Socony* fue reproducido en los casos *Catalano* y *Maricopa*¹³ hay una creciente tendencia de la Corte Suprema a establecer un estándar paralelo y contradictorio de revisión de los acuerdos entre competidores para fijar precios, lo que ha dejado a los analistas sin una clara guía para examinar la fijación horizontal de precios.¹⁴ Bajo dicho estándar, la Corte se muestra menos inclinada a dar una “rápida mirada” a la restricción antes de calificarla como “acuerdo para la fijación de precios” y considerarla así *per se* ilegal. Según la nueva regla, la acción concertada entre competidores que afecta los precios no es necesariamente tratada como *per se* ilegal.

En *National Society of Professional Engineers v. United States* (1978)¹⁵ se evidencia el cambio en el análisis de la Corte Suprema sobre los acuerdos horizontales. El gobierno denunció la norma del código de ética de la Asociación según la cual se prohibía la postura competitiva de sus miembros, bajo el argumento de que dicha norma gremial perseguía como fin minimizar el riesgo de que la competencia produzca trabajos de ingeniería de calidad inferior capaces de poner en peligro la seguridad pública. La Asociación solicitó a la Corte tratar la norma gremial bajo la regla de la razón, y tomar en cuenta, no sólo la restricción en la independencia de los miembros, sino también, los efectos sobre la competencia de no adoptar un estándar mínimo en la profesión.¹⁶

En particular, la Corte destacó lo siguiente: “Existen dos categorías complementarias de análisis de competencia. En la primera categoría se encuentran los acuerdos cuya naturaleza y efecto son tan claramente anticompetitivos que no se requiere un estudio elaborado sobre la industria para establecer su ilegalidad –ellos son *per se* ilegales. En la segunda categoría se encuentra los acuerdos cuyos efectos competitivos sólo pueden ser evaluados analizando los hechos particulares del negocio, la historia de la restricción, y las razones por las cuales se impuso. En ambos casos, el propósito del análisis es crearse una opinión sobre la significación competitiva de la restricción; no se trata de decidir si una política que favorece la competencia está establecida a favor del interés público, o a favor de los miembros de una industria.”¹⁷

La Corte denominó a este criterio, la regla de la “significación competitiva,” en la práctica, una regla de la razón. Se comenzó a razonar de otro modo. La Corte de pronto comprendió que la Ley Sherman no sólo protegía la competencia de precios, sino la posibilidad de que los consumidores accedan a productos de mejor calidad.

Si bien en este caso la Corte dictaminó contra la regla establecida por la Asociación, abrió la posibilidad de que, sin invocar consideraciones de política distintas a las protegidas por la legislación de competencia (a saber, la eficiencia económica) pudiera argumentarse, apelando a la misma estructura del acuerdo restrictivo y el contexto en el cual se ejecuta, que la práctica posea “significación competitiva” y sea permitida. Según la Corte, son los

¹¹ Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 86.

¹² *Op. Cit.*, p. 87.

¹³ En *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.* (446 U.S. 643, 1980), la Corte sostuvo la ilegalidad *per se* de un acuerdo horizontal para eliminar el crédito, como equivalente al descuento, y por tanto, parte inseparable del precio, haciendo extensible la flexibilidad de *Socony*. En *Arizona v. Maricopa County Medical Society* (457 U.S. 332, 1982) la Corte anuló un esquema de honorarios máximos acordado entre los doctores para el reembolso de servicios médicos ofrecidos a los titulares de ciertas pólizas de seguros. En este caso, argumentó que unos precios mínimos son tan anticompetitivos como un precio máximo, pues en este caso, la restricción tiende a proveer los mismos incentivos a todos los practicantes, sin considerar su experiencia, talento, capacidad, o interés en desarrollar procedimientos diferentes en casos individuales. Tal restricción puede también desincentivar el ingreso en el mercado y detener la experimentación y nuevos desarrollos por individuos emprendedores. Como se observa, la Corte en *Maricopa* mantuvo que tanto los precios máximos como los mínimos son ilegales *per se*, independientemente de sus efectos pro-competitivos.

¹⁴ Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 89.

¹⁵ 435 U.S. 679 (1978)

¹⁶ *Ibid.*, p. 692.

¹⁷ *Ibid.*

consumidores quienes deben decidir si prefieren una mejor calidad o un más bajo precio. En sus palabras: “El corazón de nuestra política económica es la fe en el valor de la competencia. La suposición de que la competencia es el mejor método de asignación de recursos en un mercado libre admite que todos los elementos de la negociación –calidad, servicio, seguridad y durabilidad- y no solamente el costo inmediato, son favorablemente afectados por la libre oportunidad de seleccionar entre ofertas alternativas.”¹⁸ En suma, siempre que la controversia se mantuviera circunscrita al análisis económico de la restricción misma, y no se invocasen fines de política pública distintos, la Corte abrió la posibilidad (desde hace ya veinticinco años) de que se examinara el impacto neto, competitivo y las consecuencias de la conducta investigada, en lugar de apelar a la regla per se.

En el caso *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System (BMI)*(1979) se reafirmó el criterio de *Professional Engineers*, esta vez en el campo comercial. En este caso, se examinó si un acuerdo de licencia conjunto entre competidores (compositores) era legal. Uno de los licenciarios, CBS, denunció el acuerdo como un acuerdo para fijar precios. Los licenciantes, por su parte argumentaron, conforme a la regla de “significación competitiva,” que el acuerdo de licencia conjunto era pro-competitivo porque facilitaba la ordenada y eficiente operación del mercado, al reducir los costos de transacción entre los compositores en el mercado. A través de estos acuerdos conjunto, la licencia abarca todos los miembros de la asociación de compositores, el comprador de música o trabajos artísticos solo tiene que negociar y contratar con una entidad por el derecho de usar todos los productos representados por el licenciante, en lugar de apelar a negociación individual en cada caso. El costo de las transacciones se reduce considerablemente.

La Corte sentenció que dichos acuerdos producen eficiencias en el ahorro de costos, resultantes del monitoreo e integración de las ventas y sanción contra el uso ilegal de los derechos de autor, que los compositores actuando independientemente jamás hubieran podido lograr. De esta manera, se mantuvo la legalidad del acuerdo de licencia conjunto, a pesar de que el mismo impide la aplicación de precios competitivos como mecanismo de asignación de recursos.

Es interesante notar que en este caso, un factor importante fue que los propietarios de derechos de autor eran libres de vender sus composiciones musicales independientemente del acuerdo, con lo cual la oferta y la producción no estaba limitada por la licencia conjunta. Incluso, a diferencia de la posición de los doctores en el asunto *Maricopa*, en *BMI* la participación de los compositores había sido esencial al éxito del plan conjunto. Teniendo presente esta distinción, se estableció en *BMI* un hito histórico en la calificación de los acuerdos horizontales entre competidores, al indicarse que: “no todos los acuerdos entre competidores que tienen impacto en el precio son violaciones per se de la Ley Sherman, (ni tampoco) son restricciones inaceptables a la competencia.”¹⁹

BMI extendió el alcance de la regla de “significación competitiva” establecida en *Professional Engineers*, para permitir la realización del acuerdo de precios entre competidores bajo un análisis de eficiencias siempre que: (1) la conducta debatida (la integración de mercado) sea razonablemente necesaria para alcanzar las eficiencias consistentes en reducción de costos; (2) la restricción que acontece sea de hecho necesaria para la integración; y (3) la restricción sea compensada por el efecto beneficioso de la integración. Según Sullivan y Harrington, “El efecto neto determina el resultado bajo la nueva regla de la razón.”²⁰

A partir de esta regla, actualmente en vigor, la Corte Suprema aplica un trato per se a las restricciones, como se indicó arriba, por vía de consecuencia. Esto es, una vez constatada la ausencia de beneficios pro-competitivos derivados de la integración –para lo cual es preciso examinar el conjunto indiciario-, se puede entonces concluir en que la conducta calificada es per se ilegal. Tal como señalan enfáticamente Sullivan y Harrington, “claramente, esta regla de la razón ‘matizada’ representa un cambio analítico significativo. La Corte Suprema ahora valora la eficiencia económica como mecanismo para identificar la competencia. El daño competitivo será contrastado con los beneficios económicos incluso cuando la conducta debatida directamente afecte la competencia de precios. La evaluación de la Corte consiste en determinar si la eficiencia económica se alcanza a expensas de sacrificar la producción.”²¹

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ 441 U.S. p. 23.

²⁰ Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 92.

²¹ *Op. Cit.*

1.4. La regla actualmente vigente en los Estados Unidos: El caso NCAA.

El caso *NCAA v. Board of Regents* (1984)²² constituye la referencia más actual e interesante sobre la cual se asienta la regla actualmente vigente en materia de acuerdos horizontales para la fijación de precios en los Estados Unidos. Al igual que *BMI*, la Corte rechazó evaluar bajo la regla *per se* dicho acuerdo incluso habiendo encontrado restricciones horizontales de precios y restricciones en la producción. Nuevamente, la regla de la razón fue aceptada, destacando en esta oportunidad la afirmación de la Corte, en el sentido de que las restricciones horizontales a la competencia *son esenciales* si es que se espera en alguna medida lograr hacer que el producto esté al alcance del consumidor.²³

En ese caso, se discutía la legalidad de un acuerdo de interés común (joint venture) entre equipos deportivos universitarios y las ligas deportivas que celebraban contratos con redes de televisión para la transmisión de los juegos de fútbol americano. Los contratos restringían el número total de los juegos a ser transmitidos, limitaba el número de transmisiones por equipo, exigía las redes transmitir diferentes colegios un número mínimo de veces, y fijaba el precio de las transmisiones. Dos colegios denunciaron la NCAA sobre la base de que las restricciones limitaban el comercio y suponían una fijación de precios.

Si bien la Corte Suprema concedió la razón a los demandantes, rechazó aplicar la regla *per se*, porque en su opinión, este era un mercado que requería cooperación e interdependencia entre los competidores antes de que un producto pudiera ser producido. En consecuencia, la Corte se extendió más allá de la mera comprobación sobre los precios y restricciones a la producción, y se preguntó si, con base en el análisis propuesto en el caso *BMI*, habían efectos pro-competitivos capaces de compensar las restricciones, y capaces de sustraer el caso de la categoría de restricciones *per se* ilícitas.

Es de notar que la decisión NCAA estableció una clara indicación de la carga probatoria indiciaria requerida para la evaluación de costos y beneficios implícita en el análisis de la regla de la razón. En el punto particular del poder de mercado, ciertamente la Corte rechazó la necesidad de demostrar dicho poder como una carga probatoria impuesta al demandante. En la medida que el sujeto denunciado sea incapaz de sugerir una razón pro-competitiva para la restricción impuesta por el acuerdo, la conducta es considerada como una restricción inexcusable, y por tanto, ilegal, *siempre que se compruebe* la limitación en los precios y en la producción. No basta por tanto una mera suposición de que ha acontecido una fijación en los precios, y que la producción ha sido limitada; se requiere una demostración efectiva. Si no existe tal demostración, la parte actora deberá entonces demostrar que el demandado posee poder de mercado.

Ahora bien, una vez establecida dicha demostración, y siempre que no exista razón para la restricción impuesta a los precios y oferta, debe entenderse que la conducta es una restricción ilegal.

1.5. Conclusión sobre el criterio vigente en los Estados Unidos en materia de acuerdos entre competidores para fijar precios.

Recapitulando sobre la evolución jurisprudencial antes acotada, es posible inferir que los acuerdos entre competidores que directamente fijan los precios y restringen la oferta son ilegales; siempre que no supongan la integración, cooperación o interdependencia entre sus miembros para producir eficiencias pro-competitivas que compensan la restricción resultante, tal como una reducción en los costos de transacción o externalidades, y a menos que no exista un mecanismo menos restrictivo con el cual alcanzar las eficiencias en cuestión.

Esta es igualmente la posición de la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos en la materia. Así, en el curso de una conferencia dictada en 1997, el Comisionado Starek de la FTC enfatizó la importancia de las decisiones antes indicadas en los siguientes términos: “A finales de la década de 1970, la Corte Suprema comenzó a aplicar con cuidado la regla *per se* a las restricciones que parecían caer en el ámbito de categorías tradicionalmente prohibidas –por ejemplo, la fijación de precios entre competidores– pero que carecían de efectos anticompetitivos evidentes. Por ejemplo, en *BMI*, *NCAA*, *Northwest Wholesale Stationers*,²⁴ e *Indiana Federation of Dentists*,²⁵ la Corte estableció ciertos principios orientadores que por más de una década han

²² 468 U.S. 85 (1984)

²³ Textualmente, “horizontal restraints on competition are essential if the product is to be available at all.” 468 U.S. 85 (1984), p. 101.

²⁴ *Northwest Wholesale Stationers Inc., v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284, 289 (1985)

²⁵ *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986)

ofrecido el marco referencial básico para los tribunales así como para el análisis de la Comisión hacia las restricciones horizontales.²⁶

1.6. Recepción en Latinoamérica del criterio estadounidense sobre las conductas per se ilegales.

Para establecer la ilicitud de aquellos acuerdos que se presumen de suyo restrictivos a la competencia, la legislación comparada ha establecido algunos criterios útiles que pueden servir de guía práctica. En este sentido, el Indecopi en Perú ha indicado lo siguiente:

“Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.”

Si, dependiendo del tipo de actividad a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

1. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
2. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
3. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia;

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.

Lo anterior revela que bajo ningún concepto debería eliminarse la posibilidad de que la parte sobre la cual pesa la presunción de culpabilidad por haber celebrado algún tipo de estos acuerdos que demuestre en el caso concreto los aportes a la eficiencia que a que hubiere lugar. En efecto, la causalidad en teoría económica no es unidireccional, y lo cierto es que paulatinamente se han ido agregando prácticas antes consideradas *per se* prohibidas a la lista de prácticas sujetas a la regla de la razón, por cuanto se ha encontrado explicación para justificar su inclusión, con base en las eficiencias presentes. Debe reiterarse una vez más que la distinción entre *per se* y regla de la razón es sólo una dirigida a resolver un problema práctico de aplicación de normas de competencia, a fin de no recargar al organismo de competencia con la necesidad de demostrar los efectos restrictivos de conductas cuyos efectos negativos son, en principio, bastante evidentes.

2. APRECIACIÓN INDICIARIA EN LA IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUERDOS DE PRECIOS ENTRE COMPETIDORES RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA BAJO LA EXPERIENCIA VENEZOLANA.

Como se desprende de la apreciación de la jurisprudencia norteamericana, no hay tal cosa como una conducta de mercado “intrínsecamente” ilegal, en el sentido de que quien la denuncia se vea completamente relevado de la obligación probar su existencia. La pregunta que se abre entonces es, ¿Qué carga probatoria ha de cumplir el actor al denunciar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia?

²⁶ Commissioner R. Starek, III, Remarks ..., p. 2.

Esta es una cuestión imposible de resolver por igual en todos los casos. La identificación restrictiva de una conducta es asunto que solamente puede ser deducido del contexto en el cual se ejecuta la conducta. Ello obedece a que el “hecho económico,” que es aquel que sirve de base al examen de la autoridad de competencia, tiene una significación completamente distinta al hecho no económico. El hecho económico es “subjetivo” en la medida que su existencia intelectual depende de la interpretación personal que realiza el analista; en cambio, el hecho no económico es “objetivo.” Por ello, el hecho económico es contingente a la teoría económica, y a la definición de eficiencia que, como hemos visto, ha ido evolucionando en el curso de la historia, de una apreciación más “estática” a otra “dinámica” que enfatiza el cambio y la evolución de los mercados como condición inherente a su existencia, condición que por lo tanto, no puede escapar al examen del analista. Naturalmente, la calificación de licitud o ilicitud ha cambiado en la misma medida que ha cambiado el prisma con el cual el analista interpreta la realidad. Lo que antes era un hecho económico demostrativo de la restricción de mercado, hoy día es interpretado como una “eficiencia” necesaria para la existencia misma del mercado (“horizontal restraints on competition are essential if the product is to be available at all.”)

En esta sección, se examina con mayor profundidad la sutileza del problema probatorio de una conducta restrictiva; en particular, se explica por qué debe tenerse sumo cuidado al afirmar la aplicación del mecanismo de presunciones legales a los casos de restricciones de mercado. Veamos.

2.1. El alcance de la prueba indiciaria y la sana crítica.

La necesidad de contar con los elementos de hecho relevantes necesarios para calificar una situación como violatoria de un cuerpo legal exige al juez acometer un ejercicio intelectual de inferencias, a fin de proveer la interpretación causal requerida para establecer conclusiones normativas. De esta manera, a través de la percepción intelectual, se aclara una realidad que de otro modo aparecería como una manifestación abigarrada y caótica de episodios inconexos.

Como es sabido, en esta tarea el juez apela a un proceso de sana crítica y lógica, donde examina la realidad conforme a principios lógicos y empíricos.²⁷ Al examinar la naturaleza de ambos, Couture afirma que “los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y espacio.” Por ello, “la sana crítica será, pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro.”²⁸ Esta doble distinción es útil para comprender a cabalidad las limitaciones que tiene el análisis económico, cuando del mismo se intenta colegir implicaciones normativas. Pues sucede que en el análisis económico, la interpretación de la causalidad o relación entre los datos observados no es unívoca o exclusiva, sino que depende de la explicación particular dada por el analista, con base en una hipótesis de trabajo, que no es otra cosa que una explicación tentativa de la causalidad subyacente a los datos objetivos sensorialmente percibidos. De esta manera, no es posible afirmar que la observación de un hecho de la realidad (por ejemplo, un acuerdo entre empresas estableciendo condiciones comunes a ser aplicadas a terceros) conduzca a conclusiones normativas inequívocas.

El papel condicionado que atribuye Couture a los principios empíricos de la sana crítica, al afirmar que su valoración dependerá “de las circunstancias de tiempo y espacio bajo las cuales actúe el juez,”²⁹ se afirma con mucha mayor intensidad en el campo del análisis económico, donde coexisten distintas teorías o hipótesis que ofrecen interpretaciones alternativas sobre la causalidad de los fenómenos empíricos observados en el mercado. Si algo ha demostrado la historia de las ideas en la ciencia económica es su inmensa fertilidad en construir las más variadas hipótesis y teorías para explicar un mismo fenómeno.³⁰ El alcance, por tanto, de las “Máximas de

²⁷ E. Couture, *Las Reglas de la Sana Crítica*, Editorial Ius, Montevideo, 1990, p. 22-23.

²⁸ Couture, *Op. Cit.*, p. 23.

²⁹ En este sentido, expresa el autor: “En el orden lógico la sentencia del juez romano no difiere en nada de la sentencia del juez moderno. En lo empírico, pueden existir profundas diferencias entre ellas. Cualquier magistrado romano habría rechazado al testigo que declarara que había estado en Atenas y en Roma en el mismo día; semejante declaración podría ser admitida sin inconvenientes por un juez moderno. Cambios fundamentales ocurren en el reino de la experiencia, con escasas variantes de tiempo en un mismo lugar.” (*Op. Cit.*, p. 23)

³⁰ Esta riqueza intelectual ha quedado registrada, en el análisis de los mercados, la competencia y la Organización Industrial, en una larga evolución que comenzó con la marea “neoclásica” iniciada en la Revolución Marginal de 1870 y continuada en la elaboración “formal” matemática a partir de los modelos de equilibrio general Walrasiano; la identificación de modelos de equilibrio parcial por Marshall; la formulación de modelos de competencia imperfecta y monopolística por Robinson y Chamberlin, respectivamente; la concreción del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño de los mercados; la identificación de barreras al ingreso en los trabajos de Bain. A esta

Experiencia” que sirven de base a la sana crítica judicial, en el campo económico está condicionada decisivamente por la teoría económica adoptada por el regulador para entender la causalidad de los fenómenos de mercado.³¹

Dicho de otro modo, el hecho económico carece de vida propia o “existencia objetiva,” pues obedece a la interpretación particular que de él realice quien examina la realidad. En efecto, tal como observara Thomas Sowell: “Usualmente, en los casos antimonopolios no hay nada comparable a encontrarse con alguien parado sobre un cadáver con una pistola recién disparada en su mano. Los datos estadísticos objetivos abundan, pero su interpretación depende crucialmente de las definiciones y teorías utilizadas para inferir la naturaleza del proceso prospectivo que dejó a su paso ese particular rastro de números retrospectivos.” (traducción del autor)³²

Esta razón hace que la calificación de una conducta como legal o ilegal deba ser precedida de la comprensión cabal por parte del analista de la causalidad subyacente a los hechos aislados que observa, sin lo cual le es imposible calificar la conducta.

¿Cuál método de aproximación probatoria emplea el juez en estos casos? No puede ser otra que el análisis de indicios o presunción “hominis.” Es este método de prueba el que por excelencia permite al juez inferir la causalidad en los hechos observados de la realidad para su evaluación crítica.

Por lo anterior, no debe confundirse el análisis intelectual *previo* que, al establecer la causalidad entre los hechos observados, permite deducir de ellos unas consecuencias normativas, con la deducción normativa lógica que subsume tales hechos probados al supuesto de hecho normativo. Así, dicho análisis de causalidad acontece cronológicamente en un momento previo a la deducción de las consecuencias normativas que se asignan al hecho económico establecido previamente en el análisis. La concatenación de hechos indiciarios genera, por tanto, una convicción de que un fenómeno no apreciado por vía directa (la restricción de la competencia) ha acontecido. Nótese, sin embargo, que dicho fenómeno no es más real o tangible que la misma inferencia intelectual que le da vida. Al cambiar la teoría que establece la inferencia sobre el “propósito” detrás de los hechos observados, puede llegar a desaparecer la conclusión de que, en efecto, los mismos son la expresión en la realidad de una “intención” por restringir la competencia. La restricción “indebida” al ingreso en un mercado no se implanta mediante la fuerza física; por tanto, no es visible o perceptible sensorialmente; una curva de la demanda se hace inelástica por la exclusiva decisión de los consumidores, luego afirmar que se “ven forzados” a continuar demandando ante un incremento de precios en realidad no es más que una expresión coloquial. En los hechos, los consumidores siempre pueden optar por no seguir comprando. La línea divisoria entre lo “debido” y lo “indebido” la establece el analista, utilizando a tal propósito el bagaje intelectual que posee a fin de dar sentido a la realidad.

2.2. Diferencias con la presunción legal.

En principio, la presunción legal pareciera ofrecer una solución práctica al problema de calificación ulterior de los hechos examinados, al relevar al juez de la necesidad de atribuir a los hechos observados una consecuencia jurídica; pero este no es el caso. En realidad, la presunción legal traslada al analista a un punto anterior de su análisis. No permite, en sí misma, calibrar si los hechos observados merecen una calificación positiva o negativa, pues esta calibración es tema de orden normativo, valorativo, moral si se quiere; no es fáctico. Una presunción legal nunca podría indicar cual sería la suficiencia probatoria de hechos requeridos para inferir conclusiones

tendencia de pensamiento siguió la reinterpretación, igualmente neoclásica, de la “Escuela de Chicago,” y más recientemente, la crítica neoinstitucional presente en la Teoría de la Firma y la llamada “Economía de los Contratos.” Al respecto, ver I. De León, *Op. Cit.*

³¹ En esta dirección, Couture expresa en sus “Fundamentos de Derecho Procesal Civil” lo siguiente: “El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida.” Y agrega inmediatamente: “Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.” (E. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981, pp. 272-273) En el campo del análisis económico, este “carácter forzosamente variable de la experiencia humana” se evidencia, como hemos señalado, en la evolución de las ideas y teorías que intentan explicar la realidad de los mercados, pues es a través de ellas que se hace posible la percepción de los hechos, y por tanto, representa la base de tal “experiencia humana.”

³² T. Sowell, *Knowledge and Decisions*, Basic Books, New York, 1980, p. 203.

automáticas respecto a los efectos en el mercado, pues tal apreciación corresponde a la teoría postulada en el análisis, no a la verificación de un hecho objetivo. Siempre sería un ejercicio arbitrario de opinión establecer que, con base en la teoría A, la existencia de un hecho X es suficiente para deducir la restricción a la competencia, mientras que con base en la teoría B, la existencia de ese mismo hecho es insuficiente. Mal podría en ese caso una presunción legal cumplir con su función esencial de tasar por igual hechos similares.

Por ello, debe evitarse la confusión derivada de suponer que una inferencia económica como es la “presunta” afectación de la competencia por un hecho particular constituye una modalidad de presunción legal. Debe tenerse muy claro que se trata de dos ejercicios distintos, uno perteneciente al campo de la ciencia económica y el otro, al campo del derecho probatorio.³³ La presunción legal apunta a un propósito distinto de la inferencia por medio de indicios; en el primer caso es redimir a la parte actora la necesidad de demostrar los efectos restrictivos en el mercado resultantes de los hechos *ya comprobados*, pues en tal caso los efectos se suponen verificados por efecto de la disposición legal;³⁴ en el segundo caso, la función de la prueba indiciaria es la verificación misma de los hechos.

El punto aquí debatido es esencial, por cuanto toca la misma esencia de la actividad probatoria requerida del juez (la Superintendencia, en este caso) al momento de establecer un hecho en el mercado, y sus consecuencias ulteriores, como veremos más adelante, al examinar la decisión Gases.

En políticas de competencia, el hecho a ser demostrado no es la sola existencia de una estructura o forma de asociación entre competidores, sino que la misma es capaz de restringir la competencia, lo que requiere, de suyo, no solamente que se limite la rivalidad o independencia entre los agentes económicos, sino que dicha limitación resulte en una incapacidad de los actores para concretar un mercado eficiente, lo que según hemos visto, depende en última instancia de la noción de eficiencia que se adopte.

2.3. Estructura del análisis indiciario en los casos de libre competencia: La sentencia Gases.

Para establecer la capacidad de restricción en el mercado de una conducta, no le queda al analista más remedio que soportar su opinión –fundada en el conocimiento económico, pero opinión al fin y al cabo-, en la mayor cantidad posible de elementos indiciarios, a fin de concluir en que no es viable una hipótesis distinta a la de que las partes afectadas buscaron restringir la competencia “indebidamente.”

¿Qué elementos indiciarios son generalmente examinados en estos casos?

Según Correa,³⁵ los factores que condicionan la existencia de un cartel (y por tanto, su verificación normativa) son:

1. Factores relacionados con la capacidad de ejercer un poder de mercado. Existe bastante consenso en destacar que la capacidad del cartel para hacerse efectivo (poder de mercado) es una condición esencial para calificar un acuerdo de precios como restrictivo de la competencia.³⁶ Estos factores comprenden:
 - a) Los miembros del acuerdo poseen una elevada cuota de mercado;
 - b) La demanda es inelástica y existen barreras sustanciales al ingreso de otros competidores; estas barreras se refieren a barreras de tipo legal y a costos hundidos y economías de escala.

³³ Ciertamente, en otras jurisdicciones como son los Estados Unidos, la verificación de una conducta considerada ilegal *per se* redime a quien la invoca de tener que demostrar hechos indiciarios ulteriores, pero se trata de una cuestión distinta, surgida, no en tanto ella afirma la condición presuntiva de la restricción de la competencia, que no es el caso, sino de la falta de necesidad misma de agregar indicios adicionales a los ya establecidos, con lo cual la práctica queda demostrada por los indicios concatenados, no por la presunción legal. Como expresan Sullivan y Harrison, “la regla *per se* de ilegalidad, como cuestión de política, promueve los fines de aclarar el derecho, promueve la certeza para la planificación de los negocios y promueve la economía judicial.” (Sullivan y Harrison, *Op. Cit.*, p. 85)

³⁴ Sentís Melendo señala: “... las presunciones legales... son proposiciones normativas instituidas en la ley, afirmando o negando la existencia de un hecho, en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él. Y agrega, “si la proposición admite prueba en contrario, se dice que es relativa, si no la admite, es absoluta.” (S. Sentís Melendo, *La Prueba: Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 128-129)

³⁵ P. Correa, “The Use of Economic Evidence in Cartel Cases” ensayo presentado en el foro International Cartels Workshop, 25-27 Noviembre 2001, Competition Bureau, Canada.

³⁶ Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 86.

2. Costos asociados con la exequibilidad del acuerdo.³⁷ En este sentido, el acuerdo se facilita y los costos de ejecutarlo son reducidos cuando:
 - a) Los productos son homogéneos;
 - b) El mercado es concentrado;
 - c) Hay un gran número de compradores;
 - d) Los precios son evidentes y conocidos por otros miembros y
 - e) Los miembros están organizados bajo una asociación de comercio.

Por su parte, Korah enfatiza las barreras al ingreso que presente el mercado.³⁸ En su criterio, los carteles rara vez funcionan efectivamente a menos que el número de participantes sea reducido, o estén apoyados por la intervención del Estado, ya que para cualquier participante resulta atractivo eludir la prohibición impuesta y expandir su producción vendiendo discretamente a un precio inferior al acordado por el cartel a un grupo de compradores importantes. De aquí se coligen cuatro condiciones esenciales para el éxito de un cartel:

1. Que el número de participantes sea reducido;
2. Que cuenten con apoyo gubernamental;
3. Que sea fácil monitorear la conducta de sus participantes, y reprimir a quien se desvíe de la conducta acordada;
4. Que no existan clientes importantes capaces de influenciar el comportamiento de los miembros del cartel.

Como se observa, los factores apuntados tienen que ver fundamentalmente con la capacidad de las empresas para ponerse de acuerdo en el mercado, pero también, a la condición de terceros de poder quebrar el acuerdo logrado por los miembros del cartel.

Según el criterio más completo de Kovacic, y reiterado por Correa³⁹ la existencia de una conducta paralela requiere la siguiente demostración:

1. Existencia de un motivo racional que induzca a los denunciados a comportarse colectivamente.
2. Existencia de acciones contrarias al interés del demandado a menos que sea parte de una estrategia conjunta.
3. La comprobación de que el mercado se comporta de tal manera que no puede ser explicado racionalmente, a menos que como resultado de una acción concertada.
4. Que las empresas denunciadas poseen un historial previo de comportamiento anticompetitivo.
5. Que las empresas han sostenido reuniones y otras formas de comunicación directa.

³⁷ En *Premezclados de Concreto*, la Superintendencia Pro-Competencia estableció lo siguiente: “A la hora de evaluar la posibilidad de una práctica concertada u otra conducta bilateral entre competidores para fijar precios, es conveniente tener presente una serie de factores que facilitan la conformación exitosa de un cartel. Todos ellos están relacionados con los costos de organizar y supervisar el funcionamiento de la práctica entre los competidores. Estos elementos son los siguientes:

- a) Un número reducido de empresas involucradas en el acuerdo. Cuando las empresas son grandes no es necesario el concurso de todas ellas para acordar elevar precios. Basta con que un porcentaje significativo de la producción esté en manos de las empresas interesadas en conformar el cartel.
- b) Que en el mercado relevante participen pocos competidores, lo cual facilita la supervisión mutua de modo que ningún miembro asuma un curso de acción individual diferente al acordado con los demás miembros del cartel.
- c) Que los mercados sean regionales o locales. Cuanto más restringida es el área geográfica definida como el mercado relevante más probable es que las empresas tengan una elevada participación de participación [sic] de mercado.
- d) Que los productos de las distintas empresas que participan en el cartel sean homogéneos y por tanto que difieran poco en sus características, de modo que la principal variable que determina la venta del producto sea el precio. Cuando las variables determinantes para la venta del producto son aquellas distintas al precio (v.gr. servicio post venta, calidad y cualquier otro atributo del bien) hay mayores incentivos para violar el cartel porque resulta atractivo para el miembro renuente aumentar sus ventas utilizando dichas variables.
- e) La existencia de una cámara de empresarios. Al reducir los costos de comunicación y coordinación de actividades entre las empresas de una industria, este tipo de asociaciones facilitan el establecimiento y permanencia de un cartel.

³⁸ En su opinión, en industrias donde exista un número pequeño de productores, sea a escala mundial, o sea a escala local, que se encuentren protegidos por el costo de transporte y otras barreras al ingreso, los oferentes estarán en capacidad de elevar los precios por encima del nivel de competencia sin necesidad de establecer un acuerdo de precios. Si una firma A vende por encima de su costo marginal de largo plazo, incluido un retorno sobre el capital empleado, otra firma B puede encontrar que es rentable vender al mismo precio cuando existe suficiente capacidad en la industria. B podría abstenerse de incrementar su cuota de mercado a expensas de A, para mantener con ello un precio artificialmente elevado. De esta manera, ambas empresas poseerían un poder de mercado, si la otra no actúa de modo competitivo. (V. Korah, *E.C. Competition Law and Practice: An introductory guide*, Sweet and Maxwell, London, 1994., p. 43.)

³⁹ Kovacic, *Op. Cit.*; Correa, *Op. Cit.*

6. Que el demandado emplea prácticas facilitadoras de la colusión.
7. Que la industria posee características que complican o facilitan la competencia.
8. Desempeño de la industria que sugiere o contradice la inferencia de que existe una colaboración entre competidores.

De los hechos observados debe surgir tal convicción, que si bien no necesariamente resulta de la sumatoria matemática de indicios –hay indicios que pueden tener mayor valor que otros–, sí invita a la autoridad a tener una disposición muy activa en tratar de encontrar la mayor cantidad posible de indicios que apoyen su sospecha, y nunca a negar a la parte investigada el derecho de presentar sus propios indicios y elementos de juicio.

La siguiente pregunta que surge es: ¿Cuál es el alcance de la evaluación de la autoridad sobre los indicios que tiene ante sí?

En Venezuela, la respuesta a esta interrogante fue dictada en la decisión *Gases* por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en 1997.⁴⁰ Si bien dicha decisión no abordó abiertamente el problema del nivel de integración requerido para justificar una conducta horizontal, sí afinó el criterio necesario para realizar la apreciación indiciaria en la evaluación de conductas horizontales; sobre todo, estableció los límites de la Administración para inferir conclusiones sobre los hechos económicos.

En dicha decisión, los recurrentes alegaban que en la Resolución de la Superintendencia Pro-Competencia estaba contenida una interpretación incorrecta y excesivamente ampliatoria del alcance del ordinal 1º del artículo 10 de la Ley Pro-Competencia, referido, entre otros, a la calificación de prácticas concertadas. Dada la amplitud del concepto empleado por la Superintendencia Pro-Competencia en sus primeras resoluciones parecía que dichas “prácticas concertadas” abarcaban, incluso, la existencia de acuerdos tácitos. Dentro de este contexto, la gran pregunta era la relativa al tratamiento y alcance de las presunciones y de los “indicios” en la materia, asunto que ha sido objeto de interesantes pronunciamientos jurisprudenciales. La Corte dijo:

“Existen asimismo de acuerdo a lo expresado por la Superintendencia en el texto de la Resolución impugnada, una serie de indicios económicos que permiten colegir la práctica concertada por parte de las empresas recurrentes. A tal efecto señala, “El reducido número de agentes participantes en el mercado, la naturaleza y características de las empresas y el carácter homogéneo o poco diferenciado del producto.”

“Ahora bien, un estudio de análisis que en torno a tales indicios elaboró la Superintendencia, evidencia claramente la ausencia de uno de los requisitos que respecto de los indicios exige el legislador para su valoración por parte del juzgador, como lo es la convergencia (artículo 510 del Código de Procedimiento Civil). En efecto, y de acuerdo a la expresado por la doctrina al referirse a ello, es indispensable que de cada uno de los indicios pueda obtenerse la misma inferencia sobre el hecho o responsabilidad que se investigue. Empero, es el caso que de la consideración aislada de cada uno de estos presuntos indicios económicos no puede, en modo alguno inferirse la existencia de prácticas concertadas, pues antes bien, ellos lejos de evidenciarla, atienden a características y condiciones específicas del producto y de su mercado y su consideración per se como indicativos de prácticas concertadas resulta en extremo infundado y atentatorio del derecho que, dentro de las limitaciones legales, existe para el ciudadano de dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, y así se declara.” (Subrayado nuestro)

“De lo antes expuesto, es concluyente, que no es posible sancionar a un particular con base en elementos indiciarios, que resultan insuficientes para el establecimiento de un nexo de causalidad entre los mismos y la existencia de una práctica concertada por parte de las empresas fabricantes de oxígeno líquido medicinal. La fuerza probatoria de los indicios señalados por la Administración en su Resolución no bastan para que de manera fundada se presuma que ambas estaban incurso en la conducta prohibida contenida en el ordinal 1º del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.”

La “convergencia” que exige la Corte Primera simplemente apunta a que los hechos evaluados, en el análisis indiciario, tengan una consistencia, lo que dependerá de la solidez con la cual la hipótesis o teoría económica empleada permita una interpretación cabal y sistemática. Pero como quiera que la oferta de teorías alternativas es numerosa, por decir lo menos, la Corte con sabiduría exige que que la actividad indiciaria sea lo más activa

⁴⁰ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5-6-1997 (caso *Aga de Venezuela/Gases Industriales*)

posible, agotando las posibilidades de interpretaciones económicas distintas. Esta condición coincide con la opinión de los autores,⁴¹ quienes afirman que, para considerar un conjunto de hechos indiciarios como una manifestación de un cartel, es preciso que los hechos no puedan ser explicados de otro modo, sino mediante la hipótesis del cartel.

De aquí se desprende, nuevamente, que la Superintendencia no puede dar por sentado los efectos negativos *per se* de una conducta por cuanto ha comprobado la existencia de ciertos indicios que apuntan en esa dirección. Pueden producirse casos de prácticas entre competidores para fijar precios que merezcan un trato distinto al “*per se*” y prueba de ello es la tendencia jurisprudencial norteamericana en este punto, acotada anteriormente. Para conocer dichos casos, es necesario que el juez examine los hechos indiciarios con toda la amplitud del caso, buscando la mayor cantidad posible de elementos de convicción, y siempre permitiendo a la parte acusada la presentación de hechos adicionales que demuestren la inocuidad de la conducta denunciada, o su aporte pro-competitivo de eficiencias al mercado, pese a la restricción de los precios y de la oferta.

Como claramente lo revela la rectificación jurisprudencial norteamericana desde *Professional Engineers*, es imposible trazar anticipadamente una conclusión normativa sobre hechos acontecidos en el mercado, pues nunca se tendrá la suficiente certeza respecto al número suficiente de elementos indiciarios para concluir que una conducta es limitativa de la competencia. El análisis *per se*, limita indebidamente las posibilidades del analista a comprobar la mera existencia de una restricción en los precios, lo que impide la evaluación cabal de una realidad que es, de suyo, compleja. Por ello, la jurisprudencia norteamericana moderna sólo concluye que una conducta es *per se* prohibida después de hacer una detallada evaluación del mercado en el cual ocurre, y de las eficiencias que la conducta aporta. En este sentido, comentando la tendencia jurisprudencial reciente sobre la calificación *per se* de conductas restrictivas, Sullivan y Harrington observan:

“Cuando se acepta (que una conducta encuadra en) la calificación *per se*, ello aparece ahora más bien como una conclusión legal de fondo (resultante) al final de un análisis de costo beneficio (de los efectos de la práctica sobre el mercado) en el sentido de que el efecto neto de la practica no es pro-competitivo. Así, el análisis inicial bajo la regla *per se* está declinando, si bien en ocasiones la Corte (Suprema) vacila sobre donde debe establecer los linderos al clasificar el acuerdo para la fijación de precios.” (resaltado nuestro)⁴²

Otros casos en la experiencia jurisprudencial venezolana en materia de restricciones horizontales de precios u otras condiciones de comercialización reafirman esta conclusión. En *Premezclados de Concreto* (1993)⁴³ un grupo de empresas de premezclados de concreto fue sancionada por la realización de una práctica concertada para fijar precios consistente en la difusión de una lista común (la lista contenía el logo comercial de las empresas competidoras, y la firma de los gerentes de ventas de cada una de ellas, anunciando variaciones simultáneas de precios.

La Superintendencia delineó el alcance de la prohibición contenida en el artículo 10 ordinal 1° *eiusdem* en términos que resultan sumamente elocuentes, a la luz del examen sobre el alcance de las prácticas concertadas, y la necesidad de evaluar el contexto en el cual la misma se ejecuta. En este sentido, la Superintendencia expresó:

“De esta manera, el carácter restrictivo de la competencia en cada prohibición particular, se encuentra siempre presente, bien implícitamente (artículos 6°, 10° y 13° *eiusdem*) o bien explícitamente (artículos 7°, 9° y 11° *eiusdem*). Así, en cada uno de tales supuestos subyace la racionalidad económica de la Ley, la cual excluye de su ámbito toda conducta que no restringe la libre competencia, e incorpora toda aquella que lo sea. Resulta claro entonces que no se precisa de ninguna demostración ulterior, pues se sobreentiende que si la práctica concreta encuadra en el supuesto de la norma es porque restringe la competencia, ya que de no ser así, quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley.”⁴⁴ (Resaltado de la Superintendencia)

Más adelante agrega:

⁴¹ W. Kovacic, “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under Antitrust Laws,” 38 *The Antitrust Bulletin* 5 (1993)

⁴² Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 92. Por su importancia, a continuación se transcribe la cita original: “When the *per se* classification is accepted, it new seems more like a substantive law conclusion at the end of the balancing analysis that the net effect of the practice is not procompetitive. Thus, the initial summary analysis under the *per se* rule is on the decline, although at times the Court vacillates on where the line should be drawn in classifying price-fixing.”

⁴³ Resolución N° SPPLC/0002-93.

⁴⁴ Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-Competencia). *Informe Anual 1992-1993*, Caracas, 1993, p 45.

“...Así aunque la Ley releve a la Superintendencia de demostrar en cada caso los efectos de una determinada práctica, ello no exige a esta Superintendencia de comprobar que en efecto se ha configurado el supuesto de hecho. Lo que le evita en realidad es demostrar que este restringe la competencia. Esta diferencia aunque sutil es trascendente, pues representa claramente la diferencia entre una actuación discrecional de la administración (sometida a los límites del artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) y una actuación arbitraria, que no es la intención de esta Superintendencia. En este sentido, la presente decisión se orienta a demostrar que las empresas investigadas, incurrieron efectivamente en el supuesto de hecho que establece el ordinal 1º del artículo 10 de la Ley de Pro-Competencia relativa a la imposibilidad de fijar precios entre competidores, pero no se detiene a demostrar que una vez verificada la existencia de la práctica, ésta causó un perjuicio a la competencia...” (Subrayado del autor)⁴⁵

Como se observa, la verificación de la existencia de la práctica antecede a cualquier otra demostración, que una vez encuadrada en el supuesto de ilegalidad per se no requiere de demostración ulterior, pues precisamente ese es el objeto de la condición de ilegalidad per se. ¿Quiere decir esto que la Superintendencia podía abstenerse de encuadrar la conducta, examinando el mercado en el cual se impuso y otras condiciones inherentes a una calificación de afectación del mercado? La respuesta es negativa. En efecto, en este caso, para llegar a encuadrar los hechos observados del mercado, se hizo necesario examinar un conjunto indiciario comprensivo de los siguientes elementos fácticos: número de empresas involucradas; dimensión del mercado relevante; carácter regional o local de los mercados; características de los productos en el mercado; la existencia de una cámara de empresarios.⁴⁶

Más recientemente, en el caso *Sopresa-Panamco* (2000)⁴⁷ la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, multó las compañías embotelladoras Panamco (Coca-Cola) y Sopresa (Pepsi Cola), por acordar limitar la campaña publicitaria en los supermercados en un esfuerzo por reducir los márgenes dados a las cadenas de supermercados en la promoción de sus productos. Para llegar a la conclusión de que existió el acuerdo dirigido a restringir la competencia, la Superintendencia examinó un cúmulo de evidencia indiciaria además del aparente contacto observado entre las empresas investigadas, decidiendo así que las empresas tenían un comportamiento paralelo, pues no era posible otra hipótesis distinta a la del acuerdo.

En este caso, el mercado relevante considerado fue la comercialización de los refrescos carbonatados desde las plantas embotelladoras o centros de almacenamiento hasta los denominados Clientes Especiales (supermercados, hipermercados), dentro de un ámbito geográfico nacional.

Para la demostración de la práctica, se consideraron los siguientes indicios:

- El paralelismo en la aplicación de las condiciones de comercialización, relativos a descuento y días de crédito entre Panamco y Sopresa en virtud de sendas cartas enviadas por estas empresas a sus clientes especiales, así como de un cambio no justificado en las condiciones hasta entonces dadas por ellos a sus clientes, que comenzaron a alinearse a partir de cierta fecha.
- La correlación de los precios y porcentaje de descuentos carecía de relación con los costos de producción, el tipo de cambio y la tasa de interés.
- La existencia de contactos reiterados entre Panamco y Sopresa, por intermedio de la Asociación Venezolana de Embotelladoras.

Se concluyó *por vía de consecuencia*, que la conjunción de indicios hacía irrelevante la evaluación ulterior de los beneficios al mercado, pues la práctica había de ser considerada como una conducta restrictiva “per se.” Textualmente, se indicó:

La práctica concertada entre Panamco y Sopresa para fijar condiciones de comercialización, específicamente porcentajes de descuento en factura, es una conducta que no genera eficiencia económica alguna. Por tal razón es considerada práctica restrictiva de la competencia *per se*. En este sentido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la libre Competencia, los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores a que se refieren

⁴⁵ *Ibid.*, p. 46

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 54-55.

⁴⁷ Resolución N° SPPLC/0009-00.

los artículos 7º, 9º, 10º (ordinales 1º, 2º y 3º) y 13º de la Ley *eiusdem* nunca podrán ser autorizables. Esta prohibición se debe a los efectos monopólicos que tales prácticas llevan en sí misma, por tal razón carece de sentido hacer un análisis de eficiencia, **Y ASÍ SE DECIDE.**”

Ambas empresas fueron multadas por la realización de una fijación horizontal de condiciones de comercialización, en los descuentos cartelizados dados a los Clientes Especiales.

Para comprender el análisis que en este caso hizo la Superintendencia del contexto competitivo en el cual se desarrolló la conducta de las partes, y eventualmente concluir que, ante la ausencia de otra explicación (de otros indicios) la conducta debía ser encuadrada en un supuesto de prohibición *per se*, es necesario preguntarse qué hubiera sucedido si las partes hubieran presentado evidencia de que la conducta examinada ofrecía una mejor coordinación entre Sopresa y Panamco a los fines de desarrollar una mejor integración de funciones, o que la práctica hubiese sido adoptada como respuesta a una situación de incertidumbre en el mercado, o que el descuento contemplaba algún otro elemento distinto de la reducción de precios. Sin embargo, nada de esto fue demostrado –o siquiera argumentado–, con lo cual la Superintendencia no tuvo otro remedio que encuadrar la conducta en el supuesto prohibido *per se*.

Por esta razón, no hay tal cosa como “casos obvios” o “casos difíciles” en esta materia; todo depende de los indicios observados y de la conclusión que se extraiga sobre ellos. La sumatoria de hechos en sí misma es irrelevante; lo importante es el papel atribuido a tales hechos, con base en las máximas de experiencia empleadas, recordando siempre que tales máximas dependerán de la formulación teórica del analista; su percepción sobre la causalidad en los mercados; su comprensión del rol de la Firma y la Organización Económica; y su concepción de la Eficiencia Económica.

Por este motivo, bajo ningún concepto la parte contra quien obra la prueba indiciaria puede ser privada de su derecho a aportar elementos indiciarios en su favor, o de objetar la máxima de la experiencia sobre la cual asienta su conocimiento del mercado la Autoridad, indicando las limitaciones de orden teórico sobre las cuales se funda, para proponer una visión alternativa del mercado, la eficiencia y el Bienestar del Consumidor. No puede privarse porque, como hemos señalado, la definición de la culpabilidad en un caso de naturaleza económica como son los que acontecen en esta materia, no depende de hechos objetivos, sino de interpretaciones subjetivas sobre la causalidad de los mismos, esto es, una discusión acerca de la teoría económica más apropiada, cuestión que de no aceptarse la posibilidad de ser objetada en sus fundamentos teóricos y epistemológicos, abriría la compuerta de la arbitrariedad administrativa, al no poder ser controlada la calificación de los hechos sobre los cuales la Administración funda su criterio de que un fenómeno o estructura organizativa observada en el mercado (por ejemplo, un acuerdo entre competidores para fijar precios entre sí) restringe la competencia, que es el objetivo de la Ley.

La Administración debe en estos casos, evitar dar por sentado el carácter restrictivo de una conducta que deduce de unos pocos indicios, para suponer que opera entonces una presunción legal que revierte la carga de la prueba en contra de los denunciados (incluso, en algunos casos, con fuerza *iure et de iure*, sin posibilidad de reversión alguna). De hacerlo, confundiría la evaluación indiciaria, cuya persuasión siempre corresponde a la Administración, con un presunto efecto restrictivo de la conducta, que solamente puede ser establecido, una vez que los hechos han sido suficientemente establecidos y claros como para ser subsumidos dentro de un supuesto de hecho.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia de Gases (1997)⁴⁸ criticó la resolución de la Superintendencia, por cuanto confundía una y otra institución. Al respecto, señaló:

“... fueron contravenidas por la Superintendencia las reglas que en materia probatoria contiene el ordenamiento jurídico venezolano establecido en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil y 399 del Código Civil, respecto a los indicios y presunciones. En efecto, de una presunción *hominis*, formulada en base a los indicios antes comentados, fue extraída por la Superintendencia una presunción *iuris tantum*, según la cual eran las empresas las que debían demostrar que no habían incurrido en prácticas concertadas, al exigirse –como manifiesta la Procuraduría en su informe– una prueba positiva que justificara el paralelismo de precios y fechas en las listas.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5-6-1997 (caso *Aga de Venezuela/Gases Industriales*)

Con ello, observa la Corte, la Superintendencia se alejó de los principios que deben regir la actividad administrativa, desde que es precisamente a la Administración a quien -como manifestación del principio inquisitivo- corresponde la búsqueda de la verdad material y real, sin que le esté dado dictar decisión alguna en contra de los derechos e intereses de los administrados sin fundamento en pruebas que obren de manera fehaciente, verosímil y contundente en el expediente administrativo. Así se declara.”

Claramente, en el caso comentado, la Superintendencia debió continuar su actividad probatoria, y no contentarse con establecer unos pocos hechos aislados, para derivar de ellos conclusiones acerca de la restricción a la competencia en los mercados.

La tendencia a confundir el efecto económico con la identificación de los hechos constitutivos de la conducta no es exclusiva de Venezuela. Como se ha visto, en los Estados Unidos, con un siglo de historia de política antimonopolios, solo ha sido recientemente que la Corte Suprema ha aceptado la evaluación previa de los hechos –de todos los hechos posibles, no solo la limitación a la producción o precios-, antes de deducir de ellos un efecto per se o de la regla de la razón. Ello por cuanto es únicamente la evaluación de las circunstancias de hecho concomitantes que rodean la conducta de los actores en el mercado que puede arrojar conclusiones sobre la existencia de un efecto restrictivo derivado de la conducta. Por sí sola una forma de asociación en el mercado es incapaz de constituir una conducta, en el sentido de restringir la competencia, pues la conducta requiere la acción dirigida a alcanzar un propósito que es imposible deducir a cualquier observador externo aisladamente del contexto en el cual se verifica. Dicho de otro modo, un acuerdo entre competidores es en sí mismo insuficiente para constituir una restricción de mercado a menos que las circunstancias que rodean la transacción sean tales que garanticen el éxito de la restricción, o la misma no esté dirigida a fines beneficiosos adicionales, más allá de la restricción misma sobre los precios y oferta impuesta por los agentes. La apreciación valorativa del juez habrá de deducir efectos a partir del volumen de indicios obtenidos, sopesando cada uno de ellos en el contexto.

Si tenemos que la identificación de la ilicitud de una práctica horizontal que fija los precios entre competidores se encuentra, no en una condición inherente a sí misma, sino en la ausencia de sus efectos pro-competitivos, –lo que exige un examen indiciario por la Autoridad, a fin de calibrar del contexto del mercado dichos efectos–, deben entonces examinarse cuales son los factores que debería tener en cuenta la Autoridad en la evaluación indiciaria, a fin de facilitar su labor de investigación.

3. LOS ACUERDOS ENTRE COMPETIDORES PARA FIJAR PRECIOS A LA LUZ DE LA MODERNA TEORÍA DE ORGANIZACIÓN INDUSTRIAL

3.1.- Propósito pro-competitivo que cumplen los acuerdos entre competidores en la teoría de Organización Industrial.

La pregunta que sigue es ¿a qué se debe el abandono progresivo de una calificación severa de ilicitud per se sobre los acuerdos entre competidores para fijar los precios?

Como claramente lo revela la preocupación de la Corte Suprema por reconocer el papel de los costos de transacción, la corrección de externalidades y otros motivos de eficiencia, la razón de este abandono es por un lado el progresivo fortalecimiento del concepto de eficiencia económica como norte de la política de competencia, en sustitución de otros fines de redistribución.⁴⁹ Por otro lado, destaca la evolución misma del concepto de eficiencia económica, alejándolo de su definición convencional neoclásica de Pareto Óptimo, e incorporando una definición que enfatiza el papel de las instituciones, acuerdos entre empresas, y la

⁴⁹ En este sentido, la lista de quienes han tratado el tema es extensa e incluye a W. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged,” 34 *Hastings Law Journal* (1982), pp. 67, 68-70; E. Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium,” 66 *Cornell Law Review* (1981) p. 1040; Schwartz, “Justice and other Non Economic Goals of Antitrust,” 127 *University of Pennsylvania Law Review* (1979), p. 1076; R. Bork, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act,” 9 *Journal of Law and Economics*, (1966), pp. 7, 91; H. Hovenkamp, “Distributive Justice and Antitrust Laws,” 51 *George Washington Law Review* pp. 3, 51; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2nd. Edition, 1977, p. 10; R. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chapter 2, (1976). De modo más preciso y cabal, ver esta discusión en R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Publisher, New York, 1978.

organización económica en general, como mecanismo necesario para eliminar y corregir problemas derivados del desequilibrio permanente en los mercados.⁵⁰

Veamos de qué manera la nueva teoría económica acotada examina los acuerdos entre competidores.

Debe señalarse en primer lugar que las limitaciones del análisis convencional de competencia quedan de manifiesto en el tratamiento que da éste a los arreglos de mercado cuyas eficiencias deben ser reconsideradas a la luz de un enfoque centrado, no tanto en las consecuencias a corto plazo sobre el número de actores en un mercado, sino en sus implicaciones a largo plazo. Bajo un enfoque de esta naturaleza, las consecuencias negativas de las conductas restrictivas de la rivalidad, de la oferta, o de ambos, son menos importantes, porque la innovación tiende a dejarlas obsoletas, imponiendo de esta manera un efecto estabilizador. Aún más, adquieren otra lectura.⁵¹

Por ejemplo, la restricción de la oferta deja de ser vista como el esfuerzo por imponer un precio monopolístico, en ausencia de alternativas efectivas, y pasa a ser apreciado como una forma en que las empresas resuelven un problema inevitable de riesgos no asegurados. En efecto, el seguro contra riesgos normalmente corre por cuenta de los costos, pero en un mundo cuyo futuro es incierto, a veces se requiere elevar el precio por encima de los costos, para prever contingencias inesperadas. Algunas firmas fallarán en evitar el riesgo no asegurable, y por tanto sufrirán pérdidas, en tanto que otras producirán ganancias. También, los acuerdos horizontales y conductas paralelas pueden ser útiles para “homogeneizar” la cantidad global de inversiones requeridas para proveer de oferta óptima una industria determinada. Por otra parte, la reputación comercial, lejos de ser una barrera al ingreso de otros, puede ser considerado como un “capital intangible” en el cual otras firmas dependen para asegurar sus expectativas en intercambios de relativo corto plazo. Finalmente, la distribución o suministro, acuerdos de interés común (“joint ventures”), las fusiones o adquisiciones y la integración vertical puede ser formas adecuadas para asegurar la estabilidad de inversiones complementarias en el largo plazo. En suma, estos arreglos, a la luz de otro enfoque teórico, pierden interés como fórmulas de restricción de rivalidad en el corto plazo, para convertirse en estrategias de aseguramiento de expectativas en el largo plazo.

Schumpeter tuvo el mérito de ser prácticamente el primer economista en identificar claramente este problema de apreciación en el enfoque convencional estático de los reguladores hacia los mercados, en su libro “Capitalismo, Socialismo y Democracia” (1950), en los siguientes términos:

“Primero, en vista de que estamos en presencia de un proceso en el cual cada elemento toma tiempo considerable en revelar sus características reales y efectos últimos, no tiene caso apreciar el desempeño de ese proceso ex visu de cada punto en el tiempo; debemos juzgar su desempeño en el curso del tiempo, tal como se presenta a lo largo de décadas o siglos (...) Segundo, en tanto estamos ante un proceso orgánico, el análisis de lo que sucede en cada parte del mismo -digamos, en un interés o industria en particular- puede ciertamente aclarar detalles de mecanismo pero será poco concluyente más allá de eso. Cada pieza de la estrategia empresarial adquiere su verdadero sentido sólo comparándolo con antecedente de tal proceso y dentro de la situación creada por ella. Debe ser apreciado su papel en el contexto del vendaval permanente de la destrucción creativa; no puede ser vista sin conexión con ésta, o de hecho en la hipótesis de que existe un reposo (equilibrio) en el sistema. (...) Por ello, los economistas quienes, ex visu en un punto en el tiempo, observan por ejemplo el comportamiento de una industria oligopolística (...) y observan los bien conocidos movimientos y contramovimientos dentro de ella parecieran que apuntan nada más que a establecer la existencia de altos precios y restricciones de oferta, haciendo precisamente esa hipótesis. Ellos aceptan la evidencia empírica de la situación momentánea, como si ella no tuviera pasado o futuro y creen que han entendido lo que hay que entender si interpretan el comportamiento de esas empresas bajo el principio de maximización de las utilidades con referencia a esa evidencia. El papel del teórico usual y del reporte usual de la comisión gubernamental virtualmente jamás intenta apreciar ese comportamiento, por una parte, como resultado de una pieza de historia pasada y, por otra parte, como un intento de adecuarse a una situación que con certeza cambiará -como un

⁵⁰ Nótese que bajo la nueva heurística, se abandona la neoclásica referencia a los modelos de “equilibrio” para apreciar la realidad en la cual interactúan los empresarios en el mercado, dejando de lado los modelos de competencia perfecta y efectiva como referentes normativos sobre los cuales apuntalar la calificación de legalidad de las conductas de los agentes en el mercado. En su lugar, se la remplaza por un escenario que parte de los conceptos de incertidumbre, y la necesidad de los empresarios por reducirla, a fin de agenciar sus inversiones productivas.

⁵¹ En este sentido, es altamente recomendable la lectura del ensayo de Jorde y Teece, “Rule of Reason Analysis of Horizontal Arrangements: Agreements designed to advance innovation and commercialize technology,” publicado en el website de la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (www.ftc.gov/opp/global/jorde2.htm)

intento de esas empresas en mantenerse en pie, sobre un terreno que se desliza debajo de ellos. En otras palabras, *el problema usualmente visualizado es cómo el capitalismo administra estructuras existentes, en tanto que el problema relevante es cómo las crea y destruye. En tanto esto no sea reconocido, el investigador realiza un trabajo sin sentido. Apenas es reconocido, su apreciación sobre la práctica restrictiva capitalista y sus resultados sociales cambia considerablemente.*⁵² (Énfasis del autor)

De manera esclarecedora, Schumpeter concluye lo siguiente: “Al analizar tales estrategias empresariales ex visu en un punto dado en el tiempo, el investigador economista o el agente del gobierno evalúa las políticas de precios, las cuales se le presentan como predatorias y las restricciones de oferta que se le presentan como sinónimos de pérdidas de oportunidades para producir. No ve que las restricciones de este tipo son, bajo las condiciones del vendaval permanente, incidentes, a menudo inevitables, de un proceso de expansión en el largo plazo que en lugar de ser impedido es protegido. *No hay más paradoja en esto que en decir que los automóviles viajan más rápido de lo que podrían porque tienen frenos.*”⁵³

Para comprender el propósito económico que cumplen tales acuerdos horizontales, es preciso entender el contexto de incertidumbre en el cual los agentes económicos toman sus decisiones. Esta incertidumbre, apreciada por vez primera por F. Knight⁵⁴ no comprende la clase de información sobre el mercado que es posible asegurar, pues a pesar que se desconoce, es posible medirla actuarialmente. Más bien se refiere a la incertidumbre inherente a la misma naturaleza especulativa de las decisiones que toman los agentes en el mercado (“incertidumbre genuina”), en la cual un inversionista cualquiera debe intentar adivinar el movimiento de los demás, a fin de poder él tomar su propia decisión, y ello genera un juego de retroalimentación de dudas, que no tiene fin, a menos que se establezca una regla que permita una alineación de las expectativas de inversión.⁵⁵

Las firmas están constantemente forzadas a medir el nivel de los recursos que deben dedicar hoy para alcanzar un nivel esperado de demanda agregada en el futuro. Pero el futuro es incierto. El problema surge entonces, porque cualquier determinación acerca de los futuros niveles de demanda agregada será especulativo por definición. Y no obstante, las empresas deben tomar una decisión al respecto.⁵⁶

Este es un proceso de ensayo y error que los fuerza constantemente a experimentar con diferentes alternativas de inversión. Obviamente, estas decisiones jamás son idénticas entre sí, ya que las circunstancias que las determinan cambian. La condición de empresario demanda por ello que se preste atención a las nuevas oportunidades, que los empresarios estén “alertas”.⁵⁷ Serán tales nuevas circunstancias las que les “digan” que ciertas tecnologías o técnicas de producción prevalecerán, y que otras serán reemplazadas, o que los consumidores cambiarán sus preferencias, o que las mantendrán. En suma, las nuevas circunstancias colocan al empresario ante el dilema de subir o bajar sus niveles de inversión presente, para corresponder a los niveles de demanda agregada futura esperada.

⁵² Schumpeter, *Op. Cit.*, p. 84

⁵³ *Op. Cit.*, p. 88.

⁵⁴ Knight, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, Reprints of Economics Classics, Sentry Press, New York, 1964 (1921)

⁵⁵ Quizás el mejor ejemplo de incertidumbre genuina sea el dado por Keynes en su conocido ejemplo del “Concurso de Belleza”. La esencia especulativa de las decisiones que adoptan los agentes en el mercado es semejante a la de un concurso de belleza donde la votación ha de resolverse, no con base en la escogencia de la candidata que los jueces juzgan la más bonita o talentosa, sino con base en la candidata que cada juez cree que será la más votada por los demás jueces. La ganadora será aquella escogida de acuerdo con las expectativas recíprocas de los jueces. En efecto, como quiera que la decisión de cada juez depende de lo que él cree que otros miembros del jurado decidirán, pero sin tener absoluta seguridad de ello (obviamente, si no media comunicación entre ellos), por basarse en las expectativas subjetivas de éstos, y no en hechos objetivos, su decisión estará basada en la incertidumbre sobre quién ganará. (Keynes, J. M., *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Harcourt, Brace & World, New York, (1964) [1936], p. 156) La votación no tendrá fin, pues será un proceso de conjeturas sobre lo que decidirá el otro, a su vez determinada por la conjetura sobre qué decidirá el primero. La única forma de terminar con esa inmovilidad paralizante es apelando a la decisión de una autoridad superior, o resolver el problema mediante convención entre los jueces (o participantes en el mercado), permitiéndoles, por ejemplo, que se puedan comunicar entre sí. Como lo han indicado O’Driscoll y Rizzo: “En principio, no existe límite al nivel de formulación de conjeturas recíprocas. No existe razón lógica suficiente para detenerse en algún punto en particular; detenerse es, en buena medida, arbitrario o resultado de convención.” (O’ Driscoll, G. and M. Rizzo. *The Economics of Time and Ignorance*, Basil Blackwell, Oxford, 1985, 73). En el caso de transacciones de mercado, estas convenciones algunas veces adoptan la forma de cooperación explícita a través de variados acuerdos y arreglos, o mediante entendimiento tácito en donde una forma aprecia los elementos que le dan forma a sus expectativas sobre el comportamiento de las demás: Vale decir, la reputación, la práctica comercial previa, y otras semejantes.

⁵⁶ Richardson, G. B. *Information and Investment*, Oxford University Press, London, 1960, pp. 29-46.

⁵⁷ Kirzner, I. *Competition and Entrepreneurship*, University of Chicago Press, 1973.

¿De qué manera sucede esto? Tal como señala Richardson, al tomar sus decisiones, los empresarios deben confrontar su incertidumbre, y los arreglos institucionales que negocian con otros empresarios, según el tipo de inversiones que realizan; las competitivas y las complementarias.

En el primer caso, el incremento de una inversión competitiva por un empresario limita negativamente el de los demás, porque ante una expectativa de ver reducida su capacidad para colocar en el futuro sus respectivas producciones motivará que en el presente se vean desestimulados a invertir. Richardson compara esta situación con la de una lotería muy especial, donde los que apuestan alcanzarán beneficios siempre que el nivel total de lo jugado no exceda una cierta suma, pues en caso de exceso, cada jugador deberá soportar una pérdida proporcional. Mutatis mutandi, en el mercado, se trata de que las inversiones competitivas actuales no genere una producción que exceda en el futuro la cantidad total de demanda agregada; en efecto, en caso de excederse, deberán soportar pérdidas proporcionales a lo invertido en exceso. La pregunta es: ¿cómo pueden asegurarse los empresarios de que invertirán hoy la cantidad *máxima* óptima?

En el segundo caso, el incremento de una inversión complementaria debe ser suficiente para inducir a los demás a realizar inversiones complementarias a la primera. El problema entonces es: ¿cómo pueden asegurarse los empresarios de que otros invertirán hoy la cantidad *mínima*?

La respuesta es, en uno y otro caso, la cooperación empresarial y el seguimiento de las acciones de los demás empresarios en el mercado. Los empresarios cooperan para reducir el desperdicio que resulta de equivocaciones en que pudieran incurrir, debido a conjeturas mal hechas o a informaciones incompletas. Para lograrlo, entran en un proceso de ensayo y error que les permite “descubrir” cuales de sus expectativas iniciales vale la pena preservar, en tanto corresponden con los hechos que con el tiempo se verifican, y el futuro se vuelve presente.

Los empresarios construyen expectativas mutuas a través de ciertos arreglos dirigidos a dotarlos de ciertas seguridades sobre sus futuras situaciones. Por ejemplo, pueden apoyarse en su experiencia comercial pasada; también, pueden basar su juicio sobre la reputación de las firmas con las que negocian o compiten (lo que, a su vez, refleja la experiencia comercial de esas empresas con terceros); finalmente, pueden recurrir a arreglos convencionales formalizados en contratos, como vía para asegurar el cumplimiento con las expectativas creadas; si no es posible la vía contractual, las partes buscarán alinear su conducta con la de otros empresarios, sobre la base de lo que esperan de ellos, a través de arreglos informales como “acuerdos de caballeros”, y así sucesivamente. Estos arreglos institucionales, así como muchos otros, aunque son menos confiables que suscribir un contrato de seguro, proveen sin embargo a los empresarios que participan en ellos de la suficiente certeza para realizar inversiones hoy que afectarán sus niveles de producción futura.

Obviamente, todas esas técnicas limitan a los empresarios las posibilidades de adoptar cursos “independientes” de acción; sin embargo, ha de notarse que la limitación introducida no es el resultado libremente escogido, de monopolizar mercados, sino más bien, la necesidad inevitable e imperiosa de coordinar actividades en forma tal de prevenir pérdidas futuras debido a errores en la predicción. Dicho de otra manera, los empresarios no tienen libertad de acción real al decidir optar por alinear su conducta con la de los demás, por cuanto esa es la única manera que tienen de conocer si deben invertir o no.

Además, tal cooperación no excluye en sí misma la posibilidad de rivalidad, pues de hecho el futuro es incierto, y tales acuerdos están constantemente sujetos a tensión por motivo de los cambios imprevistos que las nuevas circunstancias introducen en las relaciones de mercado. Son esos cambios los que estimulan los empresarios a ingresar en sectores antes no explorados, a innovar, a ser los primeros en desarrollar ciertos productos o tecnologías, etc. Los cambios inesperados crean nuevas oportunidades, y abren vacíos de conocimiento que deben ser llenados, y de hecho son llenados, por empresarios agresivos y alertas en búsqueda de ganancias. Es esto lo que induce a otros seguirlos, bajo la estructuración de relaciones a las que se hizo referencia anteriormente.

Es claro entonces que bajo una visión dinámica, el entendimiento de los procesos de mercado luce completamente alejado de las conclusiones normativas esbozadas por la política antimonopolios convencional.

Un ejemplo claro de ello es la apreciación sobre los acuerdos de precios entre competidores y la creencia de que todo acuerdo de este tipo es intrínsecamente negativo. Sin embargo, como observó Schumpeter, en una línea argumental que ha sido tomada recientemente por varias escuelas de pensamiento económico, estas estructuras o

tipo de organización económica no son ni mejores ni peores que otras, si una las considera como mecanismos para coordinar la producción en escenarios inciertos.

En este sentido, Schumpeter observa:

“...dentro del proceso de destrucción creadora, todos cuyos fenómenos acostumbran los teóricos relegar a los libros y conferencias sobre los ciclos económicos, hay otro lado de la autoorganización industrial, además del que contemplan estos teóricos. Las “restricciones comerciales” del tipo de las de los cartels, así como aquéllas que consisten simplemente en convenios tácitos acerca de la competencia de precios, pueden ser remedios eficaces en condiciones de depresión. En tanto que lo son, pueden terminar por dar lugar a una expansión de la producción total no sólo más constante, sino también mayor que la que podrían conseguir competidores lanzados en una carrera desenfrenada que no puede dejar de ser cortada por catástrofes. Tampoco puede argumentarse que estas catástrofes suceden de todas formas. Sabemos lo que ha sucedido en cada caso histórico, pero tenemos una idea muy imperfecta de lo que podría haber sucedido, teniendo en cuenta la marcha vertiginosa del proceso, si hubiesen faltado por completo tales clavijas de detención.”⁵⁸ (Subrayado de autor)

Seguidamente agrega:

“Sin embargo, ni aun después de estos nuevos desarrollos abarca nuestra argumentación todos los casos de estrategia restrictiva o reguladora, muchos de los cuales ejercen, sin duda, aquel efecto perjudicial sobre el desarrollo a largo plazo de la producción que se atribuye, sin discriminación, a todos ellos. Y aun en los casos que nuestro argumento abarca, el efecto neto depende de las circunstancias y de la manera y grado en que la industria regula en cada caso singular. Tan concebible es, ciertamente, que un sistema de cartels omnipresentes pueda sabotear todo progreso como que pueda realizar con menores costos sociales y privados todos los resultados que se atribuyen a la competencia perfecta. He aquí por qué nuestro argumento puede alegarse contra la regulación estatal. Lo que demuestra es que no hay ninguna razón general que justifique la “desmembración de los trusts” sin discriminación o la persecución de todas las prácticas que pueden calificarse de restricción comercial. Una regulación racional de los beneficios de la empresa a diferencia de una regulación vindicativa, realizada por la autoridad pública, constituye un problema sumamente delicado, cuya solución no puede confiarse a ningún organismo estatal, especialmente cuando se eleva un clamor general contra las grandes empresas. Pero nuestro argumento, ideado para refutar una teoría predominante y las consecuencias que se deducen de ella a propósito de las relaciones entre el capitalismo moderno y el desarrollo de la producción total, tan solo puede ser reemplazado por otra teoría, es decir, otra visión de los hechos y otro principio mediante el cual interpretarlos. Para nuestro propósito basta con esto. Por lo demás, los hechos mismos tienen la palabra.” (Subrayado del autor)⁵⁹

En suma, esta línea de argumentación que es reproducida por buena parte de la escuela neoinstitucional de la economía, la escuela Marshalliana y la Austríaca,⁶⁰ refuerza la idea de que la apreciación de los hechos es lo que cuenta, y con ello, el enfoque teórico empleado. Esto no debe olvidarlo el regulador, como veremos adelante.

3.2. Limitaciones de la visión convencional neoclásica de equilibrio y sus consecuencias en la interpretación de las normas de competencia.

No hay duda que el origen de la confusa formulación de la regla per se, originalmente establecida en los Estados Unidos, y su paulatino desmembramiento a lo largo de la historia jurisprudencial de ese país, así como las dificultades en los esfuerzos emprendidos en otros países para la individualización de esta regla a casos concretos, está asociada con la insuficiente comprensión del alcance que ha tenido la revisión del concepto de

⁵⁸ Schumpeter, *Op. Cit.* p. 130 .

⁵⁹ Schumpeter, pp. 130-131. No deja de ser particularmente interesante una nota al pie que el autor citado realiza llegado a este punto de su argumentación, al indicar que “Desgraciadamente, esta afirmación (sobre el cuidado que ha de tener en no hacer una regulación vindicativa, sino racional) es un obstáculo sobre las medidas a adoptar, casi tan efectivo como pudiera serlo la negativa más terminante a admitir la legitimidad de una regulación estatal de dichas prácticas.- En realidad, puede hacer aun más agria la discusión. Los políticos, los funcionarios públicos y los economistas pueden hacer frente a lo que yo denominaría en términos de urbanidad la oposición irreductible de los “realistas económicos”. Para ellos es mucho más difícil disipar las dudas acerca de su propia competencia, que no se puede impedir que se acumulen sobre nosotros, especialmente cuando sabemos cómo funciona un espíritu legalista.” (nota de pie N° 6)

⁶⁰ Para una revisión de la literatura de estas escuelas, vease I. De Leon, The Role of Government in the Promotion of Competition: The Legacy of Profesor Kirzner in Policy Making, 12 *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, (2002) 153-169.

eficiencia económica que le sirve de base. En la sección siguiente haremos un análisis más preciso de la manera cómo la nueva visión de los mercados y la organización industrial tiende a ver con creciente benevolencia dichos acuerdos, en la medida que la noción de eficiencia económica ha evolucionado para apreciar normativamente la realidad desde una perspectiva que se aleja de los modelos estáticos de competencia perfecta o competencia efectiva, y tiende a visualizarla en modelos que destacan el desequilibrio, la evolución, el proceso de cambio e incluso, el caos, como referentes heurísticos a partir de los cuales se comprende que la organización económica, la firma y otros arreglos entre empresas (entre ellos los acuerdos de precios entre competidores), lejos de reducir la capacidad de las empresas para competir, puede ser de hecho crucial para asegurar su permanencia en momentos de transición. A esto dedicamos nuestra atención en la sección anterior.

Es natural que quienes se aproximan a la realidad compleja de los mercados sin comprender las limitaciones heurísticas de los modelos que emplean para examinarla, tiendan a dar por sentado las premisas sobre las cuales estos modelos se asientan. Para quienes exploran la realidad desde la perspectiva de los modelos convencionales de equilibrio, cualquier situación que aleje los mercados de la competencia perfecta o efectiva, generando un desequilibrio, y asimetrías de información, tenderá a ver en dichas situaciones la existencia de “fallas de mercado” que de alguna manera deben ser corregidas mediante sanciones y procedimientos de intervención.

Para este grupo de analistas, será sumamente difícil comprender el rol que tienen las eficiencias pro-competitivas en el mercado, pues ellas serán vistas siempre como anomalías cuya racionalidad no encaja en la lógica del análisis convencional, que tiende a privilegiar cualquier “acercamiento” de la realidad al modelo de competencia perfecta, sin considerar el efecto negativo que acontece en mercados cambiantes, donde la innovación es fundamental para asegurar la competitividad de las empresas, donde los participantes no tienen posibilidad de alguna de comunicarse para intercambiar conocimientos, incluidos de precios, capacidades, experticias y otras informaciones necesarias para dotar de mayor estabilidad institucional al mercado, que es lo que permite animar la realización de inversiones productivas.

Se ha llegado incluso a afirmar⁶¹ que las leyes de competencia persiguen en su seno fines distintos y eventualmente contrapuestos, a saber, la promoción de la libertad en el ingreso y salida de las empresas al mercado –la competencia perfecta o efectiva, a veces confusamente denominada “libre competencia”- y por otro lado, la eficiencia económica. Bajo esta interpretación –llamémosla “dualista” –, una calificación legal puede eventualmente condenar una práctica que, sin alcanzar la eficiencia, promueve la libertad en el ingreso y salida de las empresas del mercado. Quienes defienden esta posición dualista, argumentan que ambos fines, disociados y eventualmente contrapuestos, son perseguidos por la ley de competencia venezolana. Bajo esta interpretación, corresponde a la Autoridad decidir en cada caso –y con la ayuda de presunciones legales como la que se alude en esta sección- si la conducta examinada debe permitirse o prohibirse, exigiendo en unos casos la comprobación de eficiencias y en otros no.

Una interpretación semejante conduciría a que sea la Autoridad en última instancia quien determine, con base en criterios absolutamente discrecionales –y por tanto, inaceptables- si el supuesto de hecho examinado es subsumible en el supuesto legal, toda vez que en un caso hipotético, la Superintendencia, juez –y parte en aquellos casos abiertos ex officio- sería la única capaz de interpretar el alcance de la ilicitud legal atribuyéndole un sentido distinto, según su parecer, sobre si la conducta, además de limitar el ingreso o salida de competidores en el mercado, carece de las eficiencias que la situarían como contrarias al mandato legal. Recordemos que en análisis económico de competencia, no hay tal cosa como un hecho “objetivo” cuyas implicaciones sobre la competencia sean directamente y sin ayuda de otros indicios, verificable. Hay teorías, hipótesis, conjeturas, especulaciones sobre la causalidad de los hechos observados, y éstas son las que permiten inferir conclusiones sobre la cualidad de las conductas observadas para restringir la competencia, que es lo que –ahí sí- prohíbe la ley.

De esta manera, bajo una interpretación dualista de la ley sería imposible para un tercero, trátese del juez de apelación, de la contraparte, o cualquier otro distinto a ella misma, calibrar dicha situación, pues en última instancia es la Superintendencia quien decide si, en su parecer la conducta contraviene el propósito de la ley, y por tanto es ilegal, al ser ella exclusivamente quien retiene el monopolio –quien lo diría- de la interpretación legal completamente disociado de la evaluación fáctica del contexto en el cual se verifica la conducta, que se requiere bajo una interpretación monista y consistente de la ley.

⁶¹ J. Kiriakidis, “Dualidad de Prohibiciones en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia” *Separata a la Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Central de Venezuela*, 1997.

Quienes razonan oponiendo la protección de la competencia (independencia de comportamiento entre los actores) a la eficiencia social no comprenden que ambos conceptos integran una unidad indivisible, donde lo que por un lado y bajo una visión estática aparece restrictivo de la libertad de los actores, puede ser entendido bajo una visión de procesos como una virtud, pues permite la “integración” de capacidades y procesos que aisladamente no sería posible desarrollar.

Que las leyes de competencia persiguen un solo propósito, esto es, la eficiencia económica (que se traduce en el Bienestar del Consumidor) no hay duda posible. Está claramente aceptado que la política de competencia no persigue en sí misma la preservación de la competencia –entendida como la independencia de los actores para actuar en el mercado-, sino el bienestar del consumidor, que es un concepto indisolublemente asociado con la eficiencia social. De acuerdo con la teoría económica, este bienestar se alcanza a través de la consecución de la eficiencia social. No cabe entonces disociar la protección de la competencia por un lado, de la búsqueda de eficiencia por el otro.

En este sentido, es muy ilustrativo que las autoridades contemporáneas de competencia coinciden en resaltar que la eficiencia es objetivo último de las políticas de competencia. Tal como recientemente lo expresara el comisionado europeo para asuntos de competencia, Mario Monti, en una contribución de su autoría remitida a *The Economist*, al comentar el alcance de la regulación sobre fusiones en esa jurisdicción:

“La preservación de la competencia no es, sin embargo, un fin en sí mismo. El objetivo último de la política es la protección del Bienestar del Consumidor. Al apoyar el proceso competitivo, la regulación sobre Fusiones juega un papel importante en garantizar la eficiencia en la producción, en retener el incentivo para que las empresas se vean animadas a invertir y en asegurar la asignación óptima de los recursos. Los consumidores europeos han sido los principales beneficiarios de la ejecución por la Comisión de la regulación, disfrutando de precios más bajos, y como consecuencia, de una opción mayor de productos y servicios.”⁶² (traducción del autor)

Huelga decir que esta es una opinión pacífica, reiterada en la jurisprudencia y doctrina internacional.

Pero además, debe notarse que existen varios elementos de juicio que permiten concluir en la imposibilidad de fraccionar el propósito de la ley de competencia en varios fines normativos, como se pretende bajo una tesis dualista –o incluso múltiple- de los objetivos de la política de competencia:

- La posibilidad de exceptuar conductas y prácticas bajo el artículo 18 de la Ley, la cual solo procede en casos donde se comprueben las razones de eficiencia económica, sin que sea posible autorizar por motivos distintos.
- La excepción de mínimos, la cual se establece por razón de la nula incidencia que tiene en el mercado la restricción impuesta.
- La posibilidad de autorizar una operación de concentración económica, pese a las restricciones que pudiera generar, por razón de la eficiencia económica que reporta.

En conclusión, no es posible diferenciar los propósitos que persigue una legislación de competencia, y ciertamente, de hacerlo, ello constituiría un peligroso ejercicio de discrecionalidad por parte del intérprete. Si bien es cierto que el concepto de eficiencia económica es contingente a la teoría económica, nadie duda que es la eficiencia y no otra consideración la que guía la adopción y aplicación de esta legislación.

Por lo tanto:

1. La caracterización de un doble estándar de licitud de las conductas de los agentes en el mercado, entre aquellas a ser prohibidas por su condición intrínsecamente restrictiva de la competencia (sujetas a una regla de ilicitud absoluta), y otras que no lo son (sujetas a una regla de razonabilidad o de verificación de efectos anticompetitivos sobre los mercados), si bien está establecida formalmente, carece de sentido práctico en el ordenamiento jurídico venezolano, porque la identificación de casos restrictivos depende de la reunión de indicios suficientes que permiten a la autoridad, por vía de consecuencia, estimar la realización del supuesto de hecho ilícito, con lo cual se obliga siempre a la Autoridad a examinar todos los indicios necesarios a fin de establecer la condición no restrictiva de la conducta, lo cual exige

⁶² M. Monti, “Europe’s merger monitor,” *The Economist*, November 9, 2002, p. 71.

examinar los efectos de la práctica en el mercado.

Sin una evaluación previa de sus efectos en el mercado, es imposible concluir si una conducta determinada ha generado una restricción a la competencia; por ello la identificación de conductas per se ilícitas requiere como punto previo, la identificación de los hechos cuya concatenación hace presumir los efectos restrictivos. Ello hace irrelevante, o inaplicable, la prueba de presunción legal, la cual está condicionada a la existencia del hecho económico ya probado mediante indicios, a saber, que existe una conducta que, no sólo limita los precios y la oferta, sino además, que carece de eficiencias que la justifiquen. En la práctica, entonces, no hay demasiada diferencia entre los requerimientos probatorios exigidos para la calificación de una conducta como inherentemente restrictiva de la competencia, de una que no lo es salvo una sospecha mayor, en el primer caso, de que se ha restringido la libertad de los miembros del acuerdo sin motivo que lo justifique, lo que a todo evento exige la evaluación indiciaria.

Por ello, dar por sentado –por medio de presunciones legales- que una conducta de mercado es ilegal per se, sin examinar el contexto en el cual se desenvuelve, constituye una abierta violación al principio constitucional de inocencia, y al de derecho a la defensa que en todo momento posee la parte demandada. No debe olvidarse que la razón de establecer una prohibición *per se* establecida en ciertos casos de conducta horizontal obedece a razones de mera economía procesal, para redimir al organismo de competencia de tener que continuar la investigación, sumando hechos indiciarios adicionales a los que ya ha considerado suficientes para establecer el hecho desconocido presunto, a saber, la restricción de mercado. Por esta razón, las autoridades de competencia pueden eventualmente, y como asunto de política procesal –que no de Justicia, o racionalidad económica-, declinar hacer un análisis más detenido de los hechos, dado que bajo la Máxima de la Experiencia predominante –según la teoría económica aceptada-, tal ejercicio es considerado innecesario para extraer conclusiones. Como vimos, esta fue la razón dada en los Estados Unidos a la creación de una regla de este carácter, en *Socony*, al constreñir el análisis a la simple verificación de la existencia de un acuerdo, contrato o práctica concertada. Sin embargo, tal como lo ha demostrado la tendencia jurisprudencial norteamericana, esta es una comprensión simplista del problema, que no se ajusta a la complejidad de la interpretación económica sobre los hechos. Tal como la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció en el caso Gases, bajo ningún concepto la formulación de una regla práctica de análisis releva la Autoridad de su deber por decidir con base en la Justicia, para sancionar a quien efectivamente haya causado una restricción de mercado, por lo cual deberá estar abierta a la presentación de indicios que desvirtúen la apreciación de la regla práctica sobre los hechos presentados.

2. La anterior conclusión es compartida por la jurisprudencia norteamericana vigente, que es la que ha dado sentido a la distinción –ciertamente poco feliz-, entre conductas intrínsecamente ilegales y aquellas que están sujeta a una demostración de sus efectos restrictivos.

La calificación inicialmente aceptada entre prácticas per se prohibidas y otras sujetas a la regla de la razón claramente está en proceso de abandono por la jurisprudencia de los últimos treinta años, en la medida que la regla misma ya no es siquiera empleada para anticipar ex ante un estándar de ilicitud en la evaluación de casos concretos, sino que a lo sumo, identifica por vía de consecuencia los casos residuales, cada vez menos numerosos, a los cuales se le atribuye un efecto restrictivo irrefutable.

3. En el caso de una legislación cuyo sustrato es económico, la identificación del hecho jurídicamente relevante solamente puede efectuarse una vez verificada la existencia material del hecho económico, mediante el conjunto de indicios relevantes. En otras palabras, la evaluación de conductas restrictivas entre competidores se efectúa por medio de indicios apreciativos de la realidad. En esta tarea, unos indicios son más concluyentes que otros a los fines de estimar su efecto, pero en todo caso, el analista deberá extraer los resultados analíticos del contexto en el cual se ejecuta la práctica, esto es, del conjunto de indicios, y no de elementos aislados. La consistencia intrínseca de la teoría de Organización Industrial y de la Competencia se vuelve entonces fundamental para calibrar los efectos de dichas prácticas sobre la competencia en los mercados.
4. Esa consistencia intrínseca o validez epistemológica debe asegurar que la teoría, cuando menos, permita apreciar la realidad de modo más integrado que los modelos neoclásicos convencionales, donde es imposible comprender el rol que juegan las estructuras corporativas o arreglos empresariales que limitan el número de participantes o su independencia en el mercado, como no sea a través de la

coartada de la “falla de mercado.” La incertidumbre y cambio evolutivo permanente de los mercados, hace necesario en frecuentes ocasiones, suprimir el número de participantes, con miras a hacer posible el progreso económico, o cuando menos, evitar una lesión evidente del Bienestar Social.

4. CONCLUSIONES.

Una correcta interpretación de las leyes de competencia debe considerar no tanto si el arreglo negociado entre los agentes competidores en el mercado limita su independencia de acción, sino más bien apreciar las consecuencias que ello tiene sobre la eficiencia social, sin que éste ejercicio sea posible inferirlo por vía de una supuesta presunción legal. Es este concepto el que permite al analista calibrar con propiedad la licitud o ilicitud de la actuación de las empresas en el mercado.

Naturalmente, este ejercicio intelectual supone establecer la causalidad entre los hechos indiciarios que se observa en la realidad y que de otro modo carecerían de significación. Ahora bien, es importante destacar que la apreciación sobre esta causalidad tienen una significación completamente diferente de ellos según sean examinados a la luz de un concepto estático de mercados, donde la eficiencia social enfatiza la asignación de los recursos sociales bajo la fórmula de Pareto, al caso donde la eficiencia social es vista como el desempeño de un sistema social donde la evolución y el cambio constituyen el telón de fondo, y por tanto, la eficiencia social acontece siempre que los agentes económicos mejoren su capacidad de coordinación en el entorno incierto y cambiante así concebido.

Dicho de otra manera, el alcance de las prohibiciones establecidas en las leyes de competencia dependerá de la teoría de Organización Industrial predominante, dado que ésta es la que informa su contenido específico, al dotar al analista de los elementos lógicos para poder deducir relaciones de causalidad entre los hechos observados en el mercado, e inferir de ellos la realización de conductas lesivas a la competencia.

Por tanto, las consecuencias normativas son completamente distintas, según se interprete que las restricciones en el mercado observadas son la consecuencia de la imposición de una o varias empresas que cuentan con poder de mercado (hipótesis ortodoxa Estructura-Conducta-Desempeño, dominante en el pensamiento económico durante las décadas 1950-1970) o, alternativamente, que son el resultado de las eficiencias competitivas inteligentemente desarrolladas por quien llega a ocupar la primera posición en el mercado (hipótesis heterodoxa del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño, introducida por la Escuela de Chicago hacia finales de la década de los 70).⁶³ Ambas explicaciones sobre la causalidad acontecida en los datos percibidos de la realidad, a su vez, son distintas de aquella que enfatiza la evolución y cambio institucional *à la Schumpeter*, para quien la calificación de los hechos percibidos como “restrictivos” debía tenerse con mucho cuidado por el intérprete de los mismos, en especial si ocupase una posición de autoridad pública, pues todo depende *de la perspectiva* con la cual se aprecien dichos datos.⁶⁴

Al enfatizar la perspectiva en la apreciación de los datos observados del mercado como el eje del análisis normativo efectuado sobre los datos de la realidad, el problema fundamental a resolver deja de ser entonces la aplicación de una teoría particular a los datos observados, *y pasa a ser la validez epistemológica de la interpretación misma escogida.*

Lejos de pensarse que éste es un problema apartado del deber de la autoridad reguladora, es por el contrario su condición esencial de ejercicio, pues en el campo de la regulación económica, el ejercicio de autoridad está consustancialmente atravesado por la ideología del regulador respecto a la realidad que le toca apreciar.⁶⁵ En este sentido, el jurista uruguayo Eduardo Couture señalaba que “la sentencia no es sólo una pura operación lógica, una cadena de silogismos (...) la sentencia es una cosa humana hecha de todas las sustancias de la inteligencia.”⁶⁶

Naturalmente, esta perspectiva resulta difícil de comprender para quienes entienden la ciencia económica desde

⁶³ Para un sumario de la literatura neoclásica de Organización Industrial, ver I. De León, *Latin American Competition Law and Policy*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

⁶⁴ *Op Cit.*

⁶⁵ En su libro “Public Law and Political Theory” M. Loughlin examina el alcance en que el derecho público es influenciado por la teoría política, al punto de señalar que “el derecho público es simplemente una forma sofisticada del debate político.” (M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 4)

⁶⁶ Couture, *Las Reglas...* pp. 22-23.

una perspectiva imperialista,⁶⁷ donde los valores normativos creados alrededor de la “eficiencia Pareto” y el equilibrio constructivista de los mercados *deben* imponerse sobre los valores de los individuos que participan en el entramado social, ignorando el evidente desarrollo orgánico evolutivo de los mercados. Si bien la vocación por la Justicia del Derecho ofrece una resistencia natural a tales pretensiones, al requerir en sus juicios de valor la apreciación cabal de la realidad según “todas las sustancias de la inteligencia” no hay duda de la confusión introducida por la vertiente neoclásica de la ciencia económica en el llamado “Análisis Económico del Derecho”,⁶⁸ dada la poca resistencia ofrecida por el positivismo jurídico, para quien curiosamente la ciencia del Derecho no debe involucrarse en los valores.⁶⁹

Como se demuestra en este ensayo, la calificación jurídica de los arreglos corporativos entre empresas depende de una evaluación que en realidad no es científica, sino pseudo moral. La ciencia económica tolera hoy conductas que antes condenaba, pues ha cambiado su valoración “moral” sobre tales conductas. Los reguladores, y la sociedad deben estar claros en esta realidad, para no introducir de contrabando principios y valores constructivistas a fin de juzgar una realidad mucho más compleja de lo que parece, con propiedad y sabiduría.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

1. BONER, Roger and Reinald Krueger, The Basics of Antitrust Policy: A Review of Ten Nations and the European Communities; World Bank Technical Paper Number 160; The World Bank, Washington, D.C., 1991.
2. BORK, Robert, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, Basic Books Publisher, New York, 1978.
3. BORK, R. “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act,” 9 Journal of Law and Economics, (1966), pp. 7, 91;
4. CORREA, Paulo., “The Use of Economic Evidence in Cartel Cases” ensayo presentado en el foro International Cartels Workshop, 25-27 Noviembre 2001, Competition Bureau, Canada.
5. COUTURE, Eduardo, Las Reglas de la Sana Crítica, Editorial Ius, Montevideo, 1990.
6. COUTURE, Eduardo, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981.
7. DE LEÓN, Ignacio. Latin American Competition Law and Policy, Kluwer Law International, The Hague, 2001.
8. DE LEÓN, Ignacio The Role of Government in the Promotion of Competition: The Legacy of Profesor Kirzner in Policy Making, 12 Journal des Economistes et des Etudes Humaines, (2002) 153-169
9. DI LORENZO, Thomas, “The Antitrust Economist’s Paradox,” Austrian Economics Newsletter, Auburn, The Mises Institute, 1991.
10. FOX, E. “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium,” 66 Cornell Law Review (1981) p. 1040.
11. HART, H.L.A. “Positivism and the Separation of Law and Morals” 71 Harvard Law Review 593, 594-606 (1958)
12. HOVENKAMP, H. “Distributive Justice and Antitrust Laws,” 51 George Washington Law Review pp. 3, 51.
13. KEYNES, J. M., The General Theory of Employment, Interest and Money, Harcourt, Brace & World, New York, (1964) [1936].
14. KIRIAKIDIS, J. “Dualidad de Prohibiciones en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia” Separata a la Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Central de Venezuela, 1997.
15. KNIGHT, F. Risk, Uncertainty and Profit, Reprints of Economics Classics, Sentry Press, New York, 1964 (1921)
16. KORAH, Valentine. E.C. Competition Law and Practice: An introductory guide, Sweet and Maxwell, London, 1994.
17. KIRZNER, I. Competition and Entrepreneurship, University of Chicago Press, 1973.
18. KOVACIC, W. “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under Antitrust Laws,” 38 The Antitrust Bulletin 5 (1993)
19. LANDE, W. “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged,” 34 Hastings Law Journal (1982), pp. 67, 68-70.
20. Lazear Edward, “Economic Imperialism” National Bureau of Economic Research Working Paper No. w7300, Cambridge, Ma., 1999.
21. LOUGHLIN, Martin. Public Law and Political Theory, Clarendon Press, Oxford, 1992.
22. O’DRISCOLL, G. and M. Rizzo. The Economics of Time and Ignorance, Basil Blackwell, Oxford, 1985.
23. POSNER, R. Economic Analysis of Law, 2nd. Edition, 1977, p. 10
24. POSNER, R. Antitrust Law: An Economic Perspective, Chapter 2, (1976).
25. RICHARDSON, G. B. Information and Investment, Oxford University Press, London, 1960.
26. SLOT, Pier Jan and Alison McDonell (Eds.). “Proceedings of the Leiden Europa Institut Seminar on User-Friendly Competition Law,” in Procedure and Enforcement in E.C. and U.S. Competition Law, Sweet & Maxwell, London, 1993.
27. SCHUMPETER, J. Capitalismo, Socialismo y Democracia, Ediciones Orbis, Barcelona, 1983.
28. SOWELL, Thomas. Knowledge and Decisions, Basic Books, New York, 1980.
29. STAREK, R., “Antitrust and Trade Associations at the FTC,” Remarks before the Antitrust Committee and the Trade Association Committee of the Chicago Bar Association, Plymouth Court, Chicago, April 16, 1997
30. SULLIVAN, E. T. y Harrison, J. Understanding Antitrust and its Economic Implications, Legal Text Series, Matthew Bender, 1988.
31. SCHWARTZ, Justice and other Non Economic Goals of Antitrust, 127 University of Pennsylvania Law Review (1979), p. 1076.
32. VISCUSI, W. Kip, J. Vernon y J. Harrington, Economics of Regulation and Antitrust, Second Edition, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.

POLITICA DE COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMOPOLIO EN JAPÓN:

⁶⁷ Una revisión reciente sobre el tema se encuentra en E. Lazear, “Economic Imperialism” National Bureau of Economic Research Working Paper No. w7300, Cambridge, Ma., 1999.

⁶⁸ R. Posner, Economic Analysis of Law,

⁶⁹ H.L.A. Hart. “Positivism and the Separation of Law and Morals” 71 Harvard Law Review 593, 594-606 (1958)

ESTUDIO POLITICA DE COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMOPOLIO EN JAPÓN: ESTUDIO COMPARATIVO

Por: **María Antonieta Magaldi***
e-mail: mariantonieta@cantv.net

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis de la legislación y la política de competencia aplicada en Japón y desde aquí ofrecer una comparación con la práctica de otras agencias de competencia en diversos países, con base en la información obtenida en el curso titulado *Legislación Antimonopolio y Políticas de Competencia* realizado en Osaka – Japón entre el 28 de agosto y 26 de septiembre de 2002, auspiciado por la Agencia Internacional de Cooperación Japonesa (conocida como JICA por sus siglas en inglés Japan International Cooperation Agency), la agencia de competencia japonesa (JFTC por sus siglas en inglés Japan Fair Trade Commission) y el apoyo de los Ministerios de Planificación y Desarrollo y el de Producción y Comercio venezolanos. La participación en dicho curso de países en vías de desarrollo con amplia experiencia en el tema tales como Ucrania, Uzbequistán, Kenya, Brasil, Indonesia, Tailandia y Venezuela, permitió dar una visión enriquecedora acerca del derecho de defensa de la competencia.

En este sentido se realiza una descripción de la legislación de competencia japonesa, sus objetivos, implementación, prácticas prohibidas y régimen sancionatorio, analizándola comparativamente con lo establecido en esta materia en otros países. El informe culmina con unas recomendaciones que recogen las ventajas y desventajas del régimen de defensa de competencia aplicado en Japón y desde aquí, una reflexión acerca de lo que podría aplicarse en esta materia por otros países.

LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN JAPÓN

I. RESEÑA HISTÓRICA

La legislación antimonopolio japonesa fue establecida en abril de 1947, en el marco de una economía postguerra y en plena ocupación estadounidense, lo cual vendría a explicar la marcada influencia que en este aspecto tuvo sobre Japón el pensamiento proveniente de la legislación antimonopolio de Estados Unidos, con una tradición para aquel momento de más de 40 años⁷⁰.

En los primeros años luego de la II Guerra Mundial, la economía japonesa se caracterizó por el crecimiento de las exportaciones en industrias desarrolladas en tiempos de guerra tales como la construcción de barcos, binoculares, cámaras, camiones, entre otros. Según Tanikawa (2002), fueron estas industrias junto con el posterior desarrollo de la electrónica las causantes del llamado “milagro japonés”, lo que llevó a esta Nación a convertirse para finales de los años 60, en el tercer país del mundo con mayor Producto Interno Bruto (PIB) después de EEUU y la Unión Soviética y el segundo al disolverse la URSS.

Bajo otra realidad económica y política, caracterizada por la presencia de un modelo de economía de mercado y en un sistema democrático, el gobierno japonés tuvo que implementar importantes cambios, siendo vital armonizar la política de competencia con el proceso de desregulación de la actividad económica.

En este sentido la ley antimonopolio japonesa fue objeto de una serie de enmiendas, siendo las más importantes las realizadas en el año 1977 con la introducción de nuevas regulaciones, tales como medidas contra situaciones monopólicas, el monitoreo de incrementos paralelos de precios, el reforzamiento de la regulación de concentraciones, etc.

En los años 90, las enmiendas introducidas en la legislación de competencia japonesa enfocaron su atención principalmente en el reforzamiento de las penalidades para las empresas infractoras y la estructuración de la agencia de competencia japonesa. En 1991 se incrementó la tasa calculada de recargos de penalidades y cinco años más tarde se fortaleció la organización del JFTC a través del establecimiento de una Secretaría General.

* Economista, Especialista de Competencia. info@procompetencia.gov.ve

⁷⁰ Las leyes fundamentales de la política antimonopolio de Estados Unidos son la Ley Sherman (1890) y la Ley Clayton (1914), ambas enmendadas con posterioridad.

En 1997 se promulgó la cuarta enmienda a la Ley Antimonopolio la cual contempló el levantamiento de las prohibiciones sobre la conformación de holdings, la abolición de los sistemas de notificación para contratos internacionales y la anulación de excepciones sobre cárteles. La más reciente de las enmiendas está relacionada con la regulación de las fusiones y adquisiciones y con el incremento del límite superior para las sanciones criminales.

Por otra parte, siguiendo el proceso de adaptación descrito entre el sistema económico japonés y la legislación antimonopolio, las autoridades de competencia en ese país han avanzado a través de la promulgación de una serie de lineamientos, los cuales se muestran en el Cuadro 1.

CUADRO 1 LINEAMIENTOS DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA JAPONESA

Lineamientos	Año de promulgación
Monopolios e Incrementos Paralelos de Precios	1977
Competencia Desleal	1987
Sistemas de Distribución y Prácticas de Negocios	1991
Sobre Carteles	1994
Asociaciones de Comercio	1995
Fusiones y Adquisiciones	1997

Fuente: Antimonopolio y Legislación de Japón (1998).

II. PROPÓSITO

La legislación de competencia japonesa responde a dos propósitos relevantes: la protección a los consumidores y la protección a las empresas. En este ámbito, de acuerdo a la interpretación de las autoridades de ese país, la ley antimonopolio es capaz a través de la promoción de la competencia entre las empresas, de proteger la soberanía del consumidor para tomar decisiones racionales en un mercado en sana competencia.

Tal interpretación se aproxima más a lo considerado como propósito de la legislación de competencia estadounidense, en la cual la defensa de la competencia en EEUU tiene como único y principal objetivo la protección de los consumidores. Según Evans (2002), los tribunales estadounidenses no consideran apropiado dirigir sus esfuerzos a proteger a los pequeños comercios o a impedir la formación de grandes unidades económicas.

Por su parte, las autoridades europeas en esta materia se ocupan de proteger a los consumidores frente al poder de mercado de ciertas empresas, pero la protección de los consumidores resulta ser un objetivo más entre varios. Citando nuevamente a Evans (2002), la Unión Europea se preocupa por la protección de la pequeña y mediana industria, el empleo, la unidad de mercado interior, etc., y por ende algunos de estos objetivos pueden requerir actuaciones que no guarden coherencia entre sí, lo que en ocasiones da a lugar a decisiones contradictorias y, por tanto, a incertidumbre para los agentes económicos.

Esta divergencia entre los objetivos de la legislación de competencia de EEUU y Europa se pone de manifiesto en las decisiones opuestas tomadas por ambos bloques. Así por ejemplo en la autorización de la concentración económica entre General Electric y Honeywell los criterios considerados como válidos para no aprobar la fusión por parte de la Unión Europea fueron interpretados como los razonables para permitir la en los Estados Unidos. En tal sentido, la legislación japonesa como se mencionó anteriormente, tiene una amplia influencia estadounidense al considerar su política de competencia actual como el motor de un círculo virtuoso que a través de la promoción de la competencia entre las empresas protege el interés de los consumidores y desde aquí estimula el desarrollo de la economía nacional y la democracia.

Por otra parte, en países en vías de desarrollo existen diversas posiciones que van desde la consideración de la protección de los intereses de los consumidores hasta el principal objetivo de la política de competencia como aquellas situaciones en los cuales dicho fin es uno más que cumplir. En algunos de los casos estudiados se observa que la protección del consumidor y la defensa de la competencia es realizada por una misma institución (como por ejemplo Perú, Panamá, Tailandia y Uzbekistán), mientras que en la mayoría de los casos, se rigen por normativas separadas (Brasil, Colombia, Argentina, Chile, Venezuela, Indonesia, Ucrania, Kenia, entre otros).

III. IMPLEMENTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA JAPONESA**III.1 POSICIÓN**

Un elemento importante para la implementación de la defensa de la competencia es la posibilidad de la institución encargada de su cumplimiento de tener una autonomía presupuestaria que le permita tomar decisiones libremente.

En los países desarrollados se encuentran modelos de agencias de competencia que mantienen un grado de autonomía importante. El JFTC entra en esta categoría, establecido como un órgano extra ministerial, con independencia administrativa del Estado y cuyas autoridades son seleccionadas por el Primer Ministro con el consentimiento del Congreso. De esta manera se intenta separar las funciones de este organismo de las influencias políticas y de los conflictos de intereses que puedan existir, toda vez que el mismo trata una materia que afecta las actividades económicas que los individuos ejercen.

En cuanto a la materia presupuestaria se puede señalar que el importe asignado al JFTC es asignado a través del Ministerio al cual está inscrito y el mismo se ha venido elevando en el transcurso de los últimos años.

Asimismo en la agencia de competencia japonesa se evidencian la coexistencia de tres poderes: un poder administrativo autónomo en sus decisiones, un poder cuasi – legislativo para aprobar regulaciones relacionadas con sus procedimientos y un poder cuasi – judicial para implementar los procedimientos de juicios orales.

Desde el punto de vista formal, en países en vías de desarrollo como los latinoamericanos, las autoridades que defienden la competencia tienen una relativa independencia ya que los gobiernos de turno no poseen la facultad de revocar sus respectivas decisiones en la materia. Ahora bien, resulta poco creíble, que las agencias de competencia, generalmente supeditadas a los presupuestos de instancias superiores (en su mayoría ministerial), resulta poco creíble en muchos casos tomar decisiones independientes de intereses exógenos a la propia institución.

III.2 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

Generalmente existen dos tipos de estructura organizativa para las agencias de competencia, aquellas en las cuales las decisiones son tomadas por una sola persona (sea un presidente, comisionado, superintendente, etc.) y las que siguen un modelo organizacional en el que las decisiones son tomadas de forma colectiva.

Retomando el tema relativo a la autonomía y la independencia deseable de las influencias políticas en la toma de decisiones en materia de defensa de la libre competencia, resulta evidente que la probabilidad de corrupción o de manipulación se reduce cuando se trata de una decisión tomada por la mayoría de un cuerpo colegiado. Este es precisamente el caso observado en los países desarrollados (Ver Cuadro 2), en el que se encuentra la figura de un presidente y comisionados entre los que se toma la decisión final.

CUADRO 2 MODELOS DE DECISIÓN DE LAS AGENCIAS DE COMPETENCIA EN PAÍSES DESARROLLADOS

Agencia de Competencia	Modelo de decisión
Federal Trade Commission (EEUU)	Un presidente y cuatro comisionados
Comisión Europea	Un Director General y 3 Directores Generales con responsabilidades especiales
Japan Fair Trade Commission	Un presidente y cuatro comisionados
Tribunal de Defensa de la Competencia (España)	Un presidente, un vicepresidente y 8 vocales

Fuente: Elaboración propia

En el caso del JFTC el modelo predominante es la toma de decisiones colectivas, siguiendo la idea de garantizar el principio de transparencia y de disminución de las posibilidades de corrupción. Por otra parte, la estructura organizativa de la Ley Antimonopolio japonesa contempla una Secretaría General, la cual a su vez está dividida en tres departamentos, un Secretariado, el Departamento de Asuntos Económicos y el Departamento de Investigación. La Secretaría General tiene su sede principal en Tokio, y cuenta con siete oficinas locales⁷¹.

⁷¹ Estas oficinas locales poseen independencia en su funcionamiento, de tal manera que las mismas podrían abrir casos y llevar investigaciones sin autorización de la oficina central de Tokio.

El Secretariado incluye tres (3) divisiones: una General, una División de Personal y una de Asuntos Internacionales. Dentro del Departamento de Asuntos Económicos se encuentra una División de Investigaciones Económicas, una de Coordinación, otra de Fusiones y Adquisiciones y un Departamento de Prácticas de Comercio. Por último el Departamento de Investigaciones se divide en una División de Gerencia de Planificación y otro de Departamento Especial de Investigación.

Al comparar las estructuras organizativas de las agencias de competencia japonesa, estadounidense y europea, se observa que la legislación japonesa presenta una estructura organizativa mixta entre la estadounidense y la europea, al presentar semejanzas y diferencias con ambas, tal y como se muestra en el Cuadro 3.

**CUADRO 3 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS ESTRUCTURAS ORGANIZATIVAS DE LAS AGENCIAS DE
COMPETENCIA**

EEUU	Unión Europea	Japón
Estructura sectorial	Estructura sectorial	Estructura no sectorial
La revisión de cárteles está incluida en la sección criminal	Los cárteles son revisados en un departamento especializado	Los cárteles están incluidos en el Departamento de Investigaciones
El control de las fusiones están incluidos en el departamento económico	El control de las fusiones se realiza en un Departamento especializado	El control de fusiones se realiza en una división especializada como parte del Departamento Económico

Fuente: Elaboración propia

En países en desarrollo existen estructuras organizativas con características similares a la japonesa, constituidas por departamentos no especializados en las actividades económicas estratégicas y con divisiones encargadas de realizar investigaciones en todos los sectores de la economía en general.

Un elemento que vale la pena destacar en cuanto a la estructura organizativa de las agencias de competencia se trata de la evaluación de las autorizaciones de fusiones y adquisiciones por parte de un departamento especializado, independiente de los procedimientos sancionatorios de prácticas anticompetitivas, tomando como base que el objetivo de la evaluación de fusiones y adquisiciones es preventivo y el resto de las evaluaciones posee un objetivo sancionatorio.

El tamaño de las agencias de competencia está directamente relacionado con el número de personas especializadas que trabajan en ella y con el presupuesto requerido. En el caso japonés, el JFTC cuenta con 564 personas para el año 2000, de los cuales 263 están dedicadas a la investigación. En el Cuadro 4 se observa el personal especializado en una muestra de países en vías de desarrollo en los cuales la característica común es la presencia de economistas y abogados.

**CUADRO 4 PERSONAL ESPECIALIZADO EN AGENCIAS DE COMPETENCIA EN ALGUNOS PAÍSES EN VÍAS DE
DESARROLLO**

País en vías de desarrollo	Personal especializado
Brasil	398 personas de los cuales 60 son economistas, 50 abogados y 57 de otras profesiones
Indonesia	11 Comisionados, 50 secretarios incluyendo 17 investigadores y 2 expertos (abogados)
Kenia	20 técnicos entre economistas y abogados y 10 personas de soporte.
Perú	La Secretaría Técnica cuenta con 6 profesionales, 3 economistas, 3 abogados, más 6 vocales.
Tailandia	16 comisionados compuesto por el Secretariado (51 expertos), el Departamento de Monitoreo (59 expertos) y Operación y la División Legal (16 abogados)
Ucrania	La oficina central tiene 175 personas (39 economistas y 27 abogados) y 27 oficinas regionales con 575 personas (255 economistas y 89 abogados)
Uzbequistán	300 empleados en el Comité Nacional, de los cuales el 70% son economistas y el 20% abogados
Venezuela	4 Directores y 12 técnicos, (50% economistas).

Fuente: Entrenamiento sobre ley antimonopolio y política de competencia (2002), Indecopi y Procompetencia.

III.3 APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA JAPONESA

La legislación de competencia japonesa comprende tres grandes bloques: la prohibición de cárteles, la prohibición de monopolios privados y la prohibición de prácticas desleales.

A) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE CÁRTELES

En su sentido económico un cártel se define como un *convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial*. Según Julio Pascual y Vicente (2002) este término es utilizado en la doctrina especializada como cualquier acuerdo entre empresas que impida, restrinja o falsee la competencia.

En concordancia con la doctrina de competencia revisada, los cárteles son considerados como una de las restricciones de la competencia más dañinas en el mercado y por ende, fuertemente sancionados. Así mismo, existe un amplio consenso al considerar que los acuerdos entre empresas que impidan, restrinjan o falseen la competencia están prohibidos *per se*, salvo alguno de ellos que podrían, bajo ciertas condiciones, ser susceptibles de autorización.

La actitud frente a los cárteles en países desarrollados se orienta hacia una regulación más fuerte que implique su prohibición general. En tal sentido en cuanto a cárteles de precios y restricciones de volumen, la OECD⁷² ha solicitado a los países desarrollados la adopción de fuertes lineamientos comunes para su tratamiento.

Al respecto, la Comisión Europea destacó como uno de los hechos más relevante de su labor en el año 2001 las decisiones tomadas contra cincuenta y seis (56) empresas que incurrieron en cárteles y asimismo resaltó que una de sus prioridades es el reforzamiento de los medios humanos y materiales de la unidad especializada en el examen de los casos de cárteles. En tal sentido, señalan la intensificación de las relaciones con las autoridades de competencia de Estados Unidos y Canadá y el establecimiento de instrumentos de gestión que permiten tramitar con mayor eficacia y rapidez los casos de cárteles (XXXI Informe sobre la Política de Competencia, 2001).

De acuerdo a Seryo (2002), la regulación de los cárteles en el caso japonés ha presentado algunos inconvenientes, dada la actitud tolerante de su legislación, lo cual ha contribuido a acentuar sus efectos negativos económicos y sociales. Al respecto señala que debido a que la economía japonesa se caracteriza por la presencia de mercados oligopólicos, los cárteles son recurrentes y difíciles de detectar ante el carácter cooperativo de las empresas en mercados de este tipo, mencionando que bajo la actual legislación no hay posibilidad de regular eficientemente tales conductas.

En Japón se han detectado y sancionado una gran cantidad de cárteles y acuerdos en licitaciones prohibidos bajo la Sección 3 de la Ley Antimonopolio, la cual engloba lo que se denomina prohibiciones irracionales al comercio. La mayor parte de ellos son los llamados acuerdos horizontales entre competidores, mientras que son pocos los acuerdos verticales y en aquellos casos previstos entre oferentes y compradores no existe virtualmente ninguno.

En la Sección 8 por su parte, se regulan las actividades de las asociaciones comerciales las cuales no deben restringir la competencia en el mercado en el cual operan ni limitar el número de empresas que participan en el negocio. Además la fecha de su creación debe ser reportada en un lapso de treinta (30) días a la agencia de competencia japonesa.

La lucha contra los cárteles en la legislación japonesa contempla la revisión del número de excepciones conferidas desde la vigencia de dicho régimen en 1966 hasta el año 1999. Los cárteles exceptuados se han reducido de mil setenta y nueve (1079) a quince (15), luego de la aprobación de la modificación de la normativa sobre excepciones realizada en el año 1997.

Una novedad en la regulación de cárteles de la legislación antimonopolio japonesa es la prohibición para las empresas de ese país de participar en cárteles internacionales o estar incluidas en un contrato internacional que contenga restricciones irracionales al comercio o prácticas comerciales desleales, tales como acuerdos de

⁷² Recomendación del Consulado con relación las acciones efectivas en contra de los carteles, OECD C(98)35 (1998).

fijación de precios internacionales (Sección 6 de la Ley Antimonopolio). Esta regulación no puede aplicarse cuando la restricción de la competencia originada no tenga influencia en el mercado doméstico de Japón.

Al respecto es de destacar que en un reciente informe elaborado por el Banco Mundial (Perspectiva de la Economía Mundial y los Países en Desarrollo, 2003), se señala como uno de los obstáculos a la competencia que perjudica a los países en desarrollo, el caso de los cárteles internacionales los cuales operan a través de grandes compañías que generalmente tienen su sede en países ricos y que acuerdan entre ellas fijar precios y asignar mercados de exportación. Según el Banco Mundial, se estima que seis cárteles internacionales procesados en los años noventa cobraron a los países en desarrollo un sobreprecio total aproximado entre US\$ 3.000 y US\$ 7.000 millones.

Sin embargo, aún cuando existe esta prohibición en la legislación japonesa, no se ha podido evitar la participación de empresas japonesas en este tipo de prácticas anticompetitivas. Así por ejemplo, en el más reciente e importante caso de cárteles internacionales sancionado por la Comisión Europea, el caso de las vitaminas, de las ocho (8) empresas involucradas tres de ellas son de origen japonés (Ver Cuadro 5).

CUADRO 5 PARTICIPANTES EN EL CÁRTEL DE LAS VITAMINAS SANCIONADO POR LA UNIÓN EUROPEA

Empresas	País de origen	Multa (en millones de euros)
Hoffman La Roche	Suiza	402
Basf AG	Alemania	296,16
Aventis SA	Francia	5,04
Solvay Pharmaceuticals BV	Holanda	9,10
Merck KgaA	Alemania	9,24
Daiichi Pharmaceutical Co Ltd	Japón	23,4
Eisai Co Ltd	Japón	13,23
Takeda Chemical Industries Ltd	Japón	37,05

Fuente: Asunto COM/37.512, Comisión Europea, 21.11.01

Otra novedad en la legislación para la defensa de la competencia japonesa en materia de cárteles es el denominado *sistema de recargo*, medida administrativa contra las empresas y los miembros de una asociación que incurrieron en cárteles de precios, acuerdos en procesos de licitación o cárteles para la restricción de la producción y/o cantidades vendidas. En la práctica se trata de un monto adicional por concepto de multa que debe ser cancelado por cada empresa individualmente o por cada uno de los miembros de una asociación que haya incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia.

El cálculo del recargo se realiza con base al monto de las ventas de los bienes durante el período del cartel, multiplicado por una tasa fija, que para el caso de los detallistas alcanza un dos por ciento (2%) y para las pequeñas y medianas empresas uno por ciento (1%). Si el monto de recargo obtenido resulta menor a los 500 mil yenes, no se activa este mecanismo. En el Cuadro 6 se muestran las estadísticas de casos y de firmas involucradas en este sistema, que resultan numerosos.

CUADRO 6 CASOS Y EMPRESAS INVOLUCRADAS EN EL SISTEMA DE RECARGO

Año fiscal	Número de casos	Número de empresas involucradas
1998	16	576
1999	20	335
2000	16	719
2001	15	248
2002	20	80

Fuente: JFTC (2000)

B) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE MONOPOLIOS PRIVADOS

El monopolio se define como una situación en la cual existe un único oferente de un bien o servicio que no posee sustitutos cercanos. La teoría económica sostiene que el monopolio provoca una pérdida de eficiencia. Su comportamiento como maximizador de los beneficios, le impide practicar una discriminación perfecta de precios, lo cual se traduciría en una pérdida irrecuperable de eficiencia. Esto explica por qué las autoridades antimonopolios atacan esta práctica, desde un punto de vista estructural y conductual.

La doctrina antimonopolio estadounidense estuvo orientada en gran parte de su historia hacia la lucha contra los monopolios y al desmantelamiento de las estructuras que ya existían. Las decisiones que fueron tomadas a la luz de la Ley Sherman, tales como American Tobacco Company y Standard Oil en 1911 ordenaron la división de las compañías en muchas empresas independientes. Con el caso Alcoa en 1945 se pone nuevamente de manifiesto que las autoridades de competencia estadounidenses consideraban el monopolio en sí mismo como un mal económico, debido a que esta empresa fue condenada por conseguir el noventa por ciento (90%) del mercado de aluminio por medios que en sí mismos no eran ilegales.

No obstante, las tendencias en el caso IBM (1969) y el más reciente caso Microsoft revelan un cambio en el pensamiento estadounidense, que en este punto podría decirse que converge con el europeo. En el caso Microsoft, aún cuando fue reconocido como un monopolio, no se ordenó su división sino que la autoridad competente elaboró una lista de infracciones realizada por la empresa que atenta contra la legislación de competencia. En tal sentido, se reconoció que la estructura monopólica no es perseguida ni castigada *per se*, sino lo que se castiga es su conducta ilegal, lo que se conoce como el abuso de la posición de dominio.

La legislación japonesa establece en la Sección 3 de la Ley Antimonopolio la prohibición de los monopolios privados bien sea a través de la formación o del ejercicio del poder de mercado existente por una empresa, por combinación o conspiración con otras, que excluya o controle la actividad económica de otras empresas, causando una restricción en la competencia. Al respecto es oportuno señalar que en esta definición se están incluyendo una serie de restricciones que generalmente están perfectamente separadas en otras legislaciones de competencia.

En primer término, la prohibición de formación de poder de mercado está generalmente previsto bajo el control de fusiones o adquisiciones, incluyéndose en la legislación japonesa el control de operación de concentración económica, el cual se explicará en detalle posteriormente. En segundo lugar, en las legislaciones revisadas, incluyendo las de países en vías de desarrollo, no se entiende el ejercicio del poder de mercado como una prohibición del monopolio privado sino como abuso de la posición de dominio.

Asimismo la legislación japonesa señala que dicho ejercicio del poder de mercado podría darse individualmente o por conspiración con otras empresas. Con respecto al ejercicio del poder de mercado por varias empresas, existe una amplia discusión acerca de la definición de la posición de dominio conjunta y su sanción como abusiva versus la situación en la cual por combinación o conspiración entre empresas es considerado como cartelización.

Aún cuando en la doctrina revisada en países desarrollados tales como Estados Unidos y Japón no se hace mención a la posición de dominio colectiva, en diversas decisiones de la política de competencia europea se utiliza este concepto, especialmente en evaluaciones de fusiones y adquisiciones⁷³ y en Indecopi (Perú), donde se ha utilizado especialmente en materia de telecomunicaciones⁷⁴.

Para la regulación de los oligopolios los japoneses han establecido el seguimiento de los incrementos de precios en el mercado por parte del JFTC. Los participantes están obligados a entregar un reporte describiendo las razones de dichos incrementos, los cuales son presentados ante el Congreso de ese país, con la finalidad de prevenir la conformación de los precios fácilmente.

Las razones de los incrementos de precios deben ser reportados en los casos en los cuales se encuentran las siguientes condiciones: (1) El monto total agregado de los precios de los bienes o servicios durante el año pasado excede los 60 billones de yenes, (2) la participación de mercado de las tres primeras empresas excede el 70%, (3) el aumento de los precios debe ser importante dentro de los últimos tres meses y (4) el monto del incremento de los precios o la tasa de ese incremento es idéntico o similar. No obstante, según esta normativa, si

⁷³ Una de las últimas decisiones tomadas al respecto por la Comisión Europea en septiembre de 1999 (Caso Airtours/First Choice, N° IV/M 1524) describió el concepto de posición de dominio colectiva relacionándola solamente con el elemento de interacción estratégica del oligopolio. Esta decisión fue apelada y la sentencia dada por la Corte Primera de Justicia Europea en junio de 2002 realineó el concepto de dominancia colectiva con el concepto económico de colusión tácita. Para más detalle ver Caso T-342/99 Airtours vs. Comisión, 06 de junio de 2002.

⁷⁴ Según la Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTTEL (Caso V.O. Cable S.A. y Luz del Sur S.A.A.), se interpreta que aún cuando dos o más empresas ostenten una posición de dominio colectiva en el mercado relevante, el comportamiento individual de una sola de ellas puede ser considerado como abusivo. Esta decisión fue apelada y actualmente está siendo revisada por la autoridad competente.

un cártel está detrás de este incremento paralelo de los precios, la conducta en cuestión será revisada como un cártel.

Por otro lado, el efecto que se evalúa en este bloque de prohibiciones está relacionado con la posibilidad o no de exclusión de las empresas afectadas en el mercado o el control al resto de los competidores ejerciendo su poder de toma de decisiones. En tal sentido, para determinar la existencia de una práctica restrictiva bajo el concepto de monopolización privada se requiere que la misma tenga un efecto exclusionario o de control⁷⁵.

Desde aquí se analizan las correlaciones existentes entre la monopolización privada con otro tipo de prohibiciones restrictivas de la libre competencia. Según Koutani (2002) la prohibición de monopolización privada se sobrepone con las restricciones irracionales al comercio (Sección 2 (6) y prácticas comerciales desleales (Sec. 19, Sec.2 (9)). El límite entre uno y otro bloque viene dado por el número de empresas involucradas en el procedimiento, si se trata de una acción individual o de un máximo de diez (10) empresas se analizaría como una práctica de monopolización privada y si son más de 100 empresas, como una acción irracional al comercio (cárteles).

Ambas prohibiciones poseen en común penalidades criminales, no obstante, por monopolización privada no se han aplicado todavía penalidades de este tipo, mientras que en el caso de los cárteles su aplicación ha aumentado en los años recientes. Asimismo el sistema de recargo no se aplica a la monopolización privada pero como se mencionó anteriormente sí para los casos de prácticas irracionales al comercio (cárteles).

Con respecto a la correlación con prácticas comerciales desleales, Koutani (2002) señala que la diferencia con la monopolización privada se define a través del grado de restricción de la competencia que se esté dando en el mercado. Sin embargo, se considera difícil la elección entre su aplicación entre una y otra práctica.

La Ley Antimonopolio japonesa también estipula en su Sección 8-4 que cuando existe una situación monopolística, el JFTC puede ordenar las medidas necesarias para restaurar las condiciones de competencia, como por ejemplo la aplicación de medidas estructurales para transferir parte del negocio. Los requerimientos para considerar la existencia o no de un monopolio son los siguientes: la oferta total doméstica debe tener un monto de 100 billones de yenes o más, la participación de mercado debe ser 50% o más para una sola empresa o 75% o más para dos empresas, altas barreras de entrada, los aumentos de precios deben ser extraordinarios o deben ser muy bajos durante un periodo de tiempo considerable y alta tasa de beneficio.

Asimismo esta legislación prohíbe la combinación de corporaciones desde dos puntos de vista: (1) la regulación contra la combinación entre corporaciones cuyo efecto sea una restricción sustancial de la competencia (regulación en contra de la concentración de mercado), y (2) la regulación contra la combinación de corporaciones para prevenir el exceso en la concentración del poder económico (regulación contra la concentración agregada).

Estas prohibiciones establecidas en el Capítulo IV de la Ley Antimonopolio japonesa suponen que las fusiones y adquisiciones están prohibidas si causan una restricción sustancial de la competencia, es decir, si a través de ellas se crea, mantiene o aumenta el poder de mercado. Las restricciones señaladas se refieren a la prohibición del establecimiento de holdings, las restricciones sobre el monto total de acciones en una compañía no financiera y el número de acciones en una compañía financiera, la cual fue enmendada en el año 2002, con la intención de flexibilizar los controles al respecto.

Tomando en consideración tales prohibiciones, podría inferirse que en la legislación japonesa, la posición de dominio estaría prohibida *per se*. No obstante, la interpretación que se le ha dado en la doctrina al respecto se acerca a una regulación de las conductas de los monopolios y no a una estructura como tal. De tal manera se señala que si una empresa ofrece un producto de alta calidad y a bajo precio para monopolizar el mercado después que otras hayan salido de este como resultado del proceso de la competencia, esto no constituiría una violación de la Ley Antimonopolio.

⁷⁵ Se entiende por exclusión la acción que impide la continuación de una actividad o la entrada de un nuevo competidor en el mercado, mientras que el control es la acción por medio de la cual se priva a empresarios de su libertad de tomar decisiones en la actividad que realizan y están forzados a obedecer la intención del controlador.

C) SOBRE LA PROHIBICIÓN DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES

De acuerdo con la Ley Antimonopolio japonesa, las empresas no pueden emplear prácticas comerciales desleales que impidan la libre y justa competencia, entendidas como aquellas actuaciones como las siguientes: negativa injustificada de venta o distribución, discriminación injustificada en contra otras empresas, precios predatorios, mantenimiento de precios de reventa, ventas atadas, inducción injustificada a los consumidores de un competidor para que no le compren o interferencia en las transacciones de un competidor (boicot), etc.

En la práctica, esta prohibición se aplica si existe un efecto adverso sobre la competencia (disminución de la libre competencia), si impide la libre competencia o si afecta la eficiencia (mantenimiento de la relación calidad / precio y servicio). La Ley Antimonopolio define tres tipos de prácticas comerciales desleales: (1) Conductas que pueden restringir la libre competencia, (2) Conductas que por sí mismas no pueden ser consideradas restrictivas y (3) Conductas irracionales basadas en posiciones dominantes en el mercado. En el Cuadro 7 se resumen de acuerdo al criterio del JFTC cómo se consideran algunas de las prácticas de comercio desleales.

CUADRO 7 RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA CLASIFICADAS SEGÚN EL CRITERIO DEL JFTC

Tipo de restricción de la competencia	Categoría utilizada por el JFTC
Negativa a vender o distribuir, Discriminación de precios, Precios predatorios y restricciones a los precios de reventa	Conductas restrictivas de la libre competencia
Atracción a los consumidores por métodos engañosos y ventas atadas	Conductas que por sí mismas no pueden ser consideradas restrictivas
Abuso de posición de dominio	Conductas irracionales derivadas de posiciones dominantes en el mercado

Fuente: JFTC (2000)

La interpretación de las prácticas comerciales desleales como las mencionadas en la legislación japonesa presenta algunos solapamientos con respecto al bloque de monopolización privada presentado anteriormente. Así por ejemplo, prácticas tales como precios predatorios, ventas atadas, mantenimiento de precios de reventa, abuso de posición de dominio, etc., estarían también tipificadas como conductas realizadas por un agente económico que posee poder de mercado suficiente como para actuar de manera independiente del resto de sus competidores y consumidores.

En tal sentido, resultaría conveniente la definición y delimitación en su aplicación del ordenamiento jurídico de competencia japonés al respecto, dado que se podría presentar el riesgo de sancionar a las empresas por dos prohibiciones que podrían presentar significados similares.

Por otra parte, también se tipifican como prácticas desleales comerciales el ofrecimiento de premios excesivos por parte de los vendedores y la publicidad engañosa. Para la revisión de las prácticas desleales consideradas en este aparte, se utilizan como leyes supletorias a la Ley Antimonopolio las relacionadas con la de Premios y Publicidad del año 1962, las cuales incluyen Prohibiciones de Premios Excesivos y la de Prohibición de Publicidad Engañosa.

Al respecto se define como premio injustificable a cualquier artículo, dinero u otro tipo de beneficio económico exagerado que pueda inducir al demandante a seleccionar el bien o servicio ofrecido por la empresa, sustituyendo la relación calidad / precio por este premio excesivo en detrimento del consumidor. Esta regulación no incluye descuentos, rebajas, servicios post-venta y accesorios incluidos en la venta de bienes o servicios.

La prohibición de publicidad engañosa incluye comerciales de televisión, folletos y etiquetas impresas sobre los empaques de los productos. La clave para determinar la existencia o no de publicidad engañosa, radica en la posibilidad de demostrar que existe engaño al consumidor. Con respecto a este punto, se observa en las legislaciones revisadas una variedad de situaciones, desde ordenamientos jurídicos que contienen cláusulas generales al tema, hasta aquellos que regulan la competencia desleal de manera específica. Según Tania González (1991), en ausencia de una regulación específica se ha recurrido a menudo a los preceptos de derecho común y a una importante elaboración jurisprudencial. Otros países (especialmente europeos), ante el tentativo vacío legislativo utilizan disposiciones generales de la responsabilidad civil contenida en normativas del Código Civil.

IV. CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

El control de las concentraciones económicas es un elemento fundamental en los sistemas de defensa de la competencia, siendo reguladas de acuerdo a los efectos que en el mercado pudieran producir. Siguiendo el objetivo de no permitir la concentración del poder de mercado por parte de un agente económico, a través de una operación de fusión o adquisición, se trata preventivamente de evitar la conformación de una estructura monopólica u oligopólica⁷⁶.

Ciertamente, una operación de concentración económica entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad trae como consecuencia la desaparición de uno o más competidores independientes del mercado, lo que de acuerdo a las características del mismo, pudiera implicar una reducción en el grado de competencia efectiva, de acuerdo a factores tales como la importancia relativa de los competidores que quedan en el mercado, la intensidad de la rivalidad entre ellos y de la existencia de barreras significativas a la entrada de nuevas empresas.

En América Latina ha habido un amplio debate acerca del control de fusiones, de tal manera que países como Perú no prevé dicho control en la legislación respectiva. Según Krakowski (2001), el argumento utilizado para defender esta posición plantea que en los países en vías de desarrollo sometidos a procesos de apertura económica, una política agresiva de control de fusiones podría ser engorrosa. Otro argumento compatible con el anterior tiene que ver con los procedimientos de control de fusiones, en la fase de organización de las instituciones promotoras de la competencia, podría afectar el prestigio aún pequeño de dicha institución debido a su falta de experiencia o capacidad técnica.

La legislación japonesa regula esta materia en el Capítulo 4 de su Ley Antimonopolio, cuya prohibición además de prevenir las fusiones y adquisiciones que pudieran restringir la competencia, también tiene como propósito prevenir la excesiva concentración del poder económico. En este sentido, se considera que la excesiva concentración del poder económico de un holding sobre sus subsidiarias o sobre otras empresas relacionadas tiene un efecto importante sobre la economía nacional que pudiera impedir la promoción de la libre competencia en un mercado.

La regulación en este campo introducida por la Ley Antimonopolio ha incluido tres tipos de restricciones: (1) Restricción de establecimiento de holdings, (2) Restricción en el número total de accionistas por parte de una gran compañía no financiera (con un capital de 35 billones de yenes y con un monto neto de activos sobre los 140 billones de yenes) y (3) Restricción en el número total de accionistas por parte de una gran compañía financiera (bancos, compañías aseguradoras, etc., no podrán tener más de 5% del capital de otras compañías japonesas, 10% para el caso de aseguradoras). No obstante, luego de las reformas realizadas, estas limitaciones se han ido flexibilizando, tomando en consideración que debe comprobarse que las mismas representan una importante restricción de la competencia en el mercado relevante.

Si del análisis realizado por el JFTC se concluye que una fusión o adquisición tiene efectos restrictivos sobre la libre competencia, la decisión final es consultada con el Ministro de Finanzas, quien tendrá que considerar las posibles consecuencias sobre el orden público económico.

Una situación similar ocurre, por ejemplo, con el Sistema de Defensa de la Competencia de España, el cual una vez analizada la operación, eleva un informe al Ministro de Economía a quien le corresponderá remitir o no la operación al Tribunal de Defensa de la Competencia. Allí se inicia un estudio con detalle de la operación y la emisión de un dictamen no vinculante del Tribunal, que termina con el acuerdo del Consejo de Ministros resolviendo no oponerse a la operación, prohibirla o bien sujetar su autorización al cumplimiento de determinadas condiciones.

La revisión realizada nos permite deducir que el control de operaciones de concentración económica llevado a cabo por la legislación japonesa resulta más estricto que el de la mayoría de los sistemas de defensa de la competencia de otros países, ya que contempla restricciones en el monto de los accionistas que pueden participar en el capital de una empresa financiera o no financiera. Esto explicaría por qué las últimas enmiendas realizadas a la Ley Antimonopolio, tienden a flexibilizar el régimen vigente.

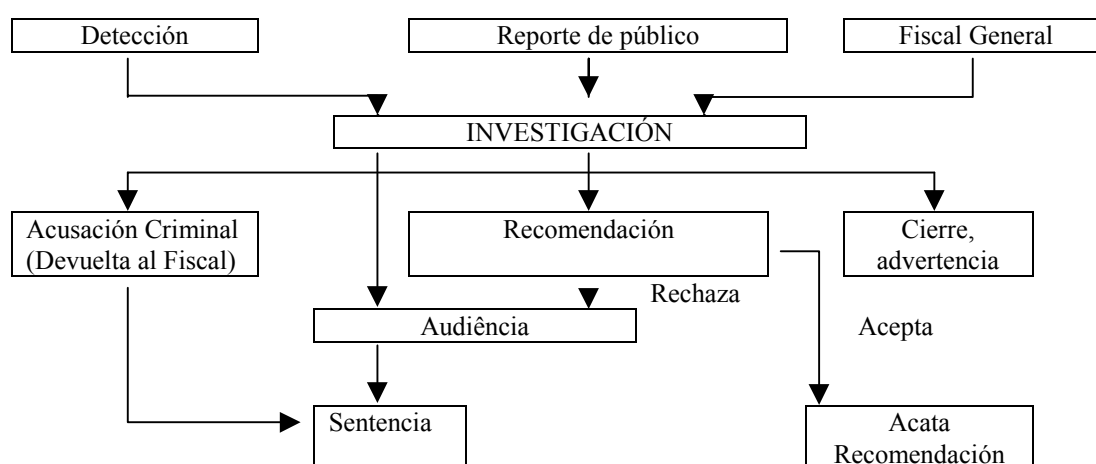
⁷⁶ Como se mencionó anteriormente, en la Unión Europea existen amplios antecedentes de prohibiciones de operaciones de este tipo en mercados con características oligopólicas.

De nuevo en este punto cabe destacar un solapamiento entre las prohibiciones contenidas en el bloque de monopolización privada y el análisis de las operaciones de concentración económica. Como se mencionó anteriormente, la Sección 3 de la Ley Antimonopolio contempla la prohibición de monopolización privada a través de la formación de poder de mercado, la cual también está prevista en el análisis de concentración económica.

V. RÉGIMEN SANCIONATORIO

Las investigaciones preliminares en materia de defensa de la competencia llevados por el JFTC pueden abrirse por tres vías: detección de la presunta práctica restrictiva (Sección 74 de la Ley Antimonopolio), por reporte del público (Sección 45, Subsección 1) o mediante la notificación por parte del Fiscal General (Sección 74). Una vez que existan indicios suficientes, el JFTC abre una investigación, la cual puede generar alguna de las siguientes decisiones: una Recomendación, una Audiencia o un Acuerdo de cerrarla (con o sin advertencia), (Ver Diagrama 1).

DIAGRAMA 1 IMPLEMENTACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES POR EL JFTC



Fuente: JFTC(2000) y elaboración propia

Cuando el JFTC decide realizar una recomendación, puede suceder que el (los) agente(s) económico(s) involucrados acepten o no la misma. Si la aceptan, el JFTC concluye el procedimiento, mientras que si no es aceptada se abre una audiencia en la cual las partes pueden exponer oralmente sus argumentos. Así mismo, el JFTC puede decidir, sin una recomendación, realizar una audiencia siguiendo la Sección 49 de la Ley Antimonopolio⁷⁷. De las estadísticas del JFTC mostradas en el Cuadro 8, se observa que la mayor parte de las investigaciones abiertas terminan en una recomendación o en el cierre de la misma.

CUADRO 8 ESTADÍSTICAS DE LAS DECISIONES TOMADAS POR EL JFTC

Acciones	1998	1999	2000	2001
Número de Investigaciones	125	82	69	9
Recomendaciones (decisiones para iniciar audiencias)	27	26	18	37
Cierre / Advertencias	93	66	56	48

Fuente: JFTC (2001)

El tipo de audiencia realizada por el JFTC difiere del previsto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, en el sentido que estas últimas son llevadas a cabo solamente a solicitud de las personas acreditadas para el caso y que tenga un interés suficiente, no siendo las mismas abiertas al público, resguardando el legítimo interés de las empresas a que no se divulguen sus secretos comerciales (Reglamento N° 99/63/CEE de la Comisión de fecha 25 de julio de 1963).

⁷⁷ En las audiencias participan los llamados examinadores (no puede exceder un número de 5), los cuales son seleccionados entre el personal de la Secretaría General y son aquellos que tienen el conocimiento y la experiencia en leyes y economía para conducirla. Los investigadores, los cuales fungen como contraparte del fiscal en procedimientos criminales y el o los acusados, que pueden solicitar el cese de la medida y que presentan evidencia a su favor. Luego de la audiencia se redacta un borrador informe, el cual puede ser apelado por las partes hasta que sea presentado el informe final.

Una vez culminada alguna de las decisiones tomadas por la agencia de competencia, las sentencias pueden ser apeladas en la Corte de Tokio dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en la cual se hizo efectiva la decisión. En caso que la corte cancelara la decisión tomada por el JFTC, por considerarla carente de evidencia suficiente para tomarla o por ser contraria a la Constitución o alguna otra ley (Sección 82), el JFTC si lo juzgare necesario, podría convocar nuevamente a una audiencia (Sección 83). Posteriormente, en caso de insatisfacción con la decisión, puede solicitarse nuevamente su revisión ante la Corte Suprema de Japón.

La Ley Antimonopolio japonesa incluye sanciones de tipo penal en el caso que se compruebe la realización de las siguientes prácticas restrictivas de la libre competencia, monopolización privada o restricciones irracionales al comercio (cárteles o asociaciones de comercio). Las sanciones penales incluyen una condena por 3 años o una multa por 5 millones de yenes (Sección 89) y en el caso de los cárteles, como se mencionó anteriormente se aplica el sistema de recargo. En el caso de prácticas de comercio desleales, no se imponen sanciones penales, excepto en los casos de violaciones de la decisión final.

Este régimen sancionatorio se asemeja al estadounidense, el cual contempla multas de \$10 millones, de \$350.000 o tres (3) años de prisión para los individuos que incurran en restricciones a la competencia consideradas como *per se*, tales como cárteles de precios, repartición de clientes o acuerdos en licitaciones. No obstante, podría considerarse más fuerte que el estadounidense tomando en cuenta el sistema de recargo aplicado a los cárteles y acuerdos en licitaciones, enunciado anteriormente.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La política de competencia japonesa ha sido fuertemente influenciada en su propósito y aplicación de la legislación estadounidense, al buscar la protección del consumidor y prohibir duramente los monopolios, mientras que la estructura organizacional de su agencia de competencia, presenta una mezcla de ambas. En tal sentido, podría decirse que la política de competencia japonesa se ubica en un lugar intermedio entre ambos bloques de doctrinas. Por otro lado, los principios relacionados con la autonomía, independencia deseable y personal especializado requerido, convergen entre las agencias de competencia analizadas.
- Con respecto a la muestra de países en vías de desarrollo considerados, existen similitudes con la estructura organizativa de la agencia de competencia japonesa, así como con algunos elementos de su aplicación, como por ejemplo el control de operaciones de concentración económica para evitar la formación o el reforzamiento de posiciones dominantes. No obstante, existen divergencias en cuanto a su aplicación en el bloque de prohibiciones de monopolización privada y las prácticas comerciales desleales.
- Al definir un esquema sancionatorio más fuerte, conocido como el sistema de recargo, la legislación de competencia japonesa se orienta hacia una fuerte penalización en el caso de restricciones irracionales al comercio, tales como cárteles y acuerdos en licitaciones.
- Existe solapamiento entre las prácticas prohibidas por el derecho de la competencia japonés bajo el bloque de prohibición de cárteles y el de prohibiciones de monopolización privada, debido a que en este último caso se considera también el ejercicio del poder de mercado de una empresa o de un grupo de ellas que tengan un efecto exclusionario o de control, lo cual pudiera estar tipificado dentro de la prohibición de cárteles.
- Existe solapamiento entre las prácticas de monopolización privada y las comerciales desleales, debido a que dentro de ambos bloques se tipifican las mismas conductas, especialmente las relativas al abuso de posición de dominio. Situación similar ocurre entre la prohibición de monopolización privada y el control de concentraciones económicas, debido a que ambas impiden la formación de poder de mercado que tenga efectos restrictivos sobre el mercado. Al respecto sería deseable una definición más precisa de los bloques de prohibiciones de prácticas restrictivas de la libre competencia, puesto que podría generar un alto grado de confusión entre los conceptos manejados. Por ende se recomendaría la eliminación del bloque de monopolización privada previsto en este ordenamiento jurídico japonés, al solaparse con otros bloques de prohibiciones.
- Con la inclusión de sanciones de tipo civil y penal, en el caso de prácticas de monopolización privada o restricciones irracionales al comercio, el régimen de competencia japonés guarda una gran similitud con el sistema sancionatorio estadounidense.
- Entre las novedades de la legislación japonesa y que podrían tomarse en otros países se deben mencionar principalmente dos: 1) la prohibición de la participación de empresas japonesas en cárteles internacionales que puedan restringir la competencia y 2) el monitoreo de precios paralelos en mercados oligopólicos, a través de la petición periódica de razones para el paralelismo. Se recomienda la incorporación del primer

tipo de medidas, que permitirían resolver los problemas de competencia en periodos de integración. El segundo tipo de medidas contribuiría a la regulación de mercados oligopólicos en diversos países, mientras se dilucida el debate sobre la aplicación del concepto de dominancia colectiva.

■

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Presentaciones en el marco del entrenamiento sobre Legislación Antimonopolio y Políticas de Competencia: a) Koutani, Kiyofumi. Private Monopolization/ Corporate Combination. b) Matoba, Tishifumi. The Role of Local Offices. c) Matoba, Toshifumi. Act Against Unjustifiable Premiums and Misleading Representations. d) Sensui, Fumino. Introduction to the Antimonopoly Law. e) Seryo, Shingo. Cartel and Bid Rigging. f) Tomimoto, Michiko. Hearing System and Procedures of the Fair Trade Commission. g) Tosa, Kazuo. Unfair Trade Practices.
- Banco Mundial. Perspectiva de la Economía Mundial y los Países en Desarrollo 2003. Comunicado de prensa N° 2003/151/S.
- Comentarios a la Legislación Comunitaria. Tomo I. Derecho de la Competencia. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1987.
- Comisión Europea. Asunto COM/37.512 de fecha 21 de noviembre de 2001 y La Política de Competencia de la Unión Europea: XXXI Informe sobre la Política de Competencia. 2001.
- Evans, David. Papeles de Competencia: La Defensa de la Competencia en Europa vista desde el otro lado del Atlántico. National Economic Research Associates. Madrid, 2001.
- Fair Trade Commission. Antimonopoly Legislation of Japan. International Affairs Division. Tokio, 1998.
- Gonzalez, Tania. La Competencia Desleal. Forum Editores. Caracas, 1991.
- Japan Fair Trade Commission, How The Japan Fair Trade Commission Ensures a Robust Economy. International Affairs Division Fair Trade Commission, 2001.
- Krakowski, Michael. Política de Competencia en Latinoamérica: Una Primera Apreciación. Imprimatur / Artes Gráficas. Managua, 2001.
- OSIPTEL, Resolución N° 032-2001-CCO/OSIPTEL (Caso V.O. Cable S.A. y Luz del Sur S.A.A.).
- Oxford Economic Research Associates. Competing Ideas: Collective Dominance from an Economic Perspective. 2002.
- Pascual y Vicente, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa. Civitas Ediciones. Madrid, 2002.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Abril, 1995.
- U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Horizontal Merger Guidelines. 1992, (Revisado en abril de 1997).