

### ÍNDICE

EDITORIAL		2
ARGENTINA:	<i>DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS ENERGETICOS. EL ENFOQUE INTEGRAL DE LA AUTORIDAD ARGENTINA DE LA COMPETENCIA Por: Diego Petrecolla y Marina Bidart</i>	3
	<i>REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. REFORMA DEL DECRETO REGLAMENTARIO? Por: Mauricio Butera</i>	23
BRASIL:	<i>LENIENCY POLICIES IN BRAZIL By: Pedro de Abreu e Lima Florêncio</i>	26
	<i>LENIENCY IN SOUTH AMERICA: MAKING BRASILIANS BLOW THE WHISTLE By: Adriana Franco Giannini</i>	34
CAN:	<i>LA DECISIÓN 608 DE LA CAN Y SUS IMPLICACIONES EN BOLIVIA. Por Maria Clara Lozano</i>	43
CHILE:	<i>SISTEMA CHILENO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: ¿NECESIDAD DE REQUERIR AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA APROBACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN? Por: Nicole Nehme</i>	51
<b>PARTE 2</b>		
COLOMBIA:	<i>DERECHO DE LA COMPETENCIA, RÉGIMEN PRINCIPAL DENTRO DE LAS PRESTACIONES DE DISTRIBUCIÓN Por: Mauricio Velandia</i>	60
	<i>DEVELOPMENTS AND PERSPECTIVES IN COLOMBIAN COMPETITION LAW By: Alfonso Miranda Londoño</i>	70
	<i>PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LOS JUECES CIVILES Por: Carlos Andrés Perilla Castro</i>	78
ECUADOR:	<i>¿UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PARA LA REPÚBLICA DE ECUADOR? Por: Francisco Marcos</i>	87
PERÚ:	<i>LA COMPETENCIA Y EL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Por: María Antonieta Gálvez Krüger</i>	98
	<i>“EL ABOGADO DEL DIABLO”: EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES O GUBERNAMENTALES COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA Por: Alfredo Bullard y Alejandro Falla</i>	104
URUGUAY:	<i>CONCEPTOS CLAVES PARA ANALIZAR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Por: Juan Manuel Mercant</i>	117
VENEZUELA:	<i>BRIEFING DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROYECTO DE LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO Por: Enrique R. González Porras</i>	134
UNIÓN EUROPEA:	<i>UNA ASOCIACIÓN REFORZADA ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA. Presentación por Delphine Malard</i>	144
	<i>Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES – UNA VISION CONSUMERISTA PRÁCTICA Por: David M. Ortega Pecina</i>	158
	<i>EC GREEN PAPER DAMAGES CLAIMS FOR BREACHES OF EU COMPETITION LAW. EC DISCUSSION PAPER ON ABUSE OF DOMINANCE</i>	166
INFORMACIONES Y PUBLICACIONES		171

## DERECHO DE LA COMPETENCIA, RÉGIMEN PRINCIPAL DENTRO DE LAS PRESTACIONES DE DISTRIBUCIÓN

Por **Mauricio Velandia**<sup>1</sup>

E-mail: [mauriciovelandia@mauriciovelandia.com](mailto:mauriciovelandia@mauriciovelandia.com)

### Introducción

El derecho está compuesto por normas jurídicas positivas que describen conductas prohibidas o permisivas, a las cuales el legislador les ha dado unas consecuencias jurídicas. Esas normas jurídicas, como nos fue explicado en introducción al derecho, devienen de comportamientos humanos que requirieron ser contenidos en normas para el normal desarrollo de lo social y de la sana convivencia. De la misma manera, en el desarrollo de una economía y de un mercado se presentaron situaciones que en su momento llamaron la atención del creador del derecho para que éste emitiera normas donde se regularan aspectos que permitieran al Estado, como ente interventor en la economía, brindar seguridad a los participantes de un mercado de que ese entorno de negociación estaría libre de imperfecciones que generaran la concentración de riqueza por un medio diferente al enfrentamiento transparente de la libre y leal oferta.

Acostumbrados al derecho escrito, requerimos de supuestos fácticos donde se involucren los límites a la autonomía de la voluntad. Ese límite, dentro del comercio, define la licitud de los negocios y de los contratos. En desarrollo de lo anterior, el Estado busca proteger tanto a las empresas como a los consumidores respecto de comportamientos que reduzcan la oportunidad de participar del lado de la oferta, o de salvaguardar la capacidad adquisitiva de bienes por parte de la demanda.

Teniendo en cuenta que la comercialización es una etapa de la cadena de valor de un mercado, dentro de la ley existen normas que regulan mencionada relación. Esas normas se encuentran especialmente dentro del derecho de la competencia. Éstas cada día serán más frecuentes de uso en los fallos. Hasta hace poco fueron normas ineficaces, sin embargo, hoy, con la importancia que se merecen son reconocidas como piedra angular para la definición del deber ser, siendo ejemplo de ello esta publicación.

En este escrito, dedicado a quienes han aportado el tema, quienes a su vez me han aportado a mí, se tratarán los siguientes puntos:

En una primera instancia se dará una explicación general del alcance del derecho de la competencia, el cual a su vez se divide en prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal, señalando en cada uno la diferencia que existe entre los dos ubicando el bien tutelado por cada ordenamiento, indicando una explicación económica para sus infracciones.

Posteriormente, trataré de involucrar a la discusión aspectos de marketing, como lo es la importancia de los canales de distribución para el éxito de una empresa, para de esa manera evidenciar la necesidad de una regulación basada en lo real.

Paso seguido, se describirá el régimen de prácticas comerciales restrictivas dentro de los canales de distribución, partiendo de la clasificación de contratos atípicos y típicos, y la permisibilidad de la cláusula de exclusividad en producto y territorio, así como de la fijación de precios en los negocios de comercialización. Dentro del mismo acápite se describirá las infracciones por actos que a la luz de nuestro derecho restringen la competencia. Por tener importancia la posición de dominio en la legalidad de lo indicado, también será un tema de imperativa referencia.

Después, por ser en el mercado una práctica usual el diseño de canales directos de la empresa que compiten con terceros distribuidores, se hará referencia a las prácticas desleales que pueden presentarse con ocasión del mencionado enfrentamiento.

---

<sup>1</sup> **Mauricio Velandia.** Profesor Universidad Externado de Colombia, Director de la firma Mauricio Velandia & Abogados Asociados. Director del Centro de Estudios de Derecho de los Mercado CEDEMERC. Director del Boletín de Derecho de los Mercados. Autor de escritos en Derecho Comercial.

## 1. Derecho de la competencia

### 1.1 Concepto

Las prácticas comerciales restrictivas son comportamientos que como su nombre lo indica “restringen la competencia”. Aminoran la competencia. La falsean.

Lo ilícito tiene como referencia lo lícito. Por tanto, para dar claridad sobre el alcance de una restricción al mercado se considera prudente partir del funcionamiento normal del mercado y encontrar allí la calificación de la imperfección.

Un mercado se encuentra en condiciones normales cuando los agentes económicos pueden actuar libremente. Tanto las empresas como los consumidores.

Una empresa es libre cuando escoge qué producto vende, cómo lo vende, cuándo lo vende, dónde lo vende y a qué valor lo vende. La anterior descripción la podemos llamar libertad de oferta, sin embargo no se puede dejar de mencionar que muchas de estas libertades no son absolutas pues para ciertos mercados el Estado adelanta gestiones de intervención cuando está de por medio el interés público.<sup>2</sup>

Por su parte, un consumidor es libre cuando una vez recibe unos ingresos periódicos decide satisfacer con ellos una necesidad, y en tal sentido, determina qué producto escoge de acuerdo a la información que recibe del mercado, haciendo su mejor elección, prefiriendo un producto por encima de otro, de acuerdo a la calidad, servicio, precio, etc.

La competencia es el enfrentamiento de las empresas por la clientela. Son muchas las empresas que adelantan esfuerzos a fin de ser elegidas por los consumidores. Para poder ser ganador en el mercado y obtener una utilidad razonable, las empresas parten de una investigación de mercado definiendo las preferencias de los consumidores y el valor que éstos están dispuestos a pagar por un producto. Con el resultado de esa investigación, encuentra respuesta sobre si su participación en un segmento resulta rentable o si es mejor pensar en otro sector de la economía. Es la misma investigación la que refleja: los competidores, el precio, servicio, recursos humanos, infraestructura, sueldos, canales de distribución, publicidad, promociones y en fin una serie de elementos que componen la competencia en un mercado.

Por la competencia el consumidor se ve favorecido, pues por ella encuentra diferentes alternativas que pueden ser por él escogidas. Así tendrá oportunidad de comparar las alternativas que le presenta el mercado y maximizar su ingreso. Entre más ofertas existan, él podrá obtener el mayor provecho en sus recursos.

De la libertad que tiene el consumidor para escoger, y las empresas para entrar, es de donde nace la redistribución justa del dinero, entendida como pagar lo justo por un bien y obtener lo justo de retorno por la venta del mismo.

Pagar lo justo por un bien significa que los ingresos de un consumidor alcancen su máxima eficiencia, es decir, que su ingreso alcanzará para adquirir el mayor número de bienes. Un precio justo le permite adquirir un mayor número de bienes. Por el lado de la empresa obtener una utilidad justa significa que una empresa cobre sus costos más una tasa interna de retorno que no sea desproporcionada frente al capital arriesgado, propia de un mercado en competencia donde las empresas luchan por los clientes.

Como no existe una referencia que permita identificar cual es esa tasa interna de retorno proporcional, la llamada como referencia a fijar dicho monto es la competencia, quien cumple con ésta función, pues el consumidor observa las diferentes alternativas del mercado y escogerá la que se acerque a sus necesidades.

---

1. Artículo 334 de la Constitución Política

Con la anterior descripción se evidencia la importancia de la competencia, la cual permite que el consumidor tenga alternativas dentro del mercado, y le permite a las empresas desarrollar libremente su actividad sin cohibiciones.

La faceta de la competencia, teniendo como referencia el precio justo y la utilidad justa, está destinada o pretende la redistribución equitativa de la riqueza, protegiendo la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor, y rechazando las concentraciones de dinero provenientes de prácticas que falsean la competencia.

En conclusión, la competencia premia la eficiencia en el mercado, siendo legal solo aquella que está libre de distorsiones y que permite satisfacer la necesidad del consumidor, no siendo dable adoptar comportamientos que no estén basados en la eficiencia propia del servicio que se ofrece al consumidor.

Esta es la normalidad del mercado. La del enfrentamiento en las empresas por los clientes.

No obstante lo anterior, existen comportamientos que afectan la competencia, como son aquellos adelantados por terceros destinados a afectar la participación y/o permanencia de empresas en un mercado, como aquellos que limitan la escogencia de la preferencia por parte de un consumidor.

El derecho de la competencia pretende librar de distorsiones el desarrollo de la oferta y la demanda cuya causa son comportamientos de terceros, siendo lo contrario ilícito.

## 1.2 Clasificación

El derecho de la competencia se divide en dos grandes ramas: prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal.

### 1.2.1 Prácticas comerciales restrictivas

Dentro del régimen de prácticas comerciales restrictivas se castigan comportamientos encaminados a afectar el mercado, siendo lo tutelado el interés socioeconómico. La afectación corre en contra del mercado mismo.

El mercado es el lugar donde las empresas compiten entre sí y las personas intercambian sus bienes. En el mercado se encuentran las diferentes fuerzas, que se enfrentan para intercambiar bienes, así, cada Estado le permite la participación a las empresas dentro de su espectro, pero les exige que en desarrollo de su actividad respeten el libre desenvolvimiento de la oferta y la demanda, sin que resulte válido implementar comportamientos que distorsionen esas reglas naturales.

Bajo esta perspectiva se trata de un bien con interés socioeconómico, que no tiene un titular particular, sino un titular público, que pretende que su mercado esté regido por reglas que impidan la creación de comportamientos arreglados y abusivos a través de los cuales exista un enriquecimiento bajo título que restrinja la competencia.

En nuestra regulación el derecho de la competencia cuenta con cuatro finalidades económicas en su aplicación: (a) libertad de escogencia del consumidor; (b) libertad de entrada de las empresas a un mercado; (c) variedad de precios y de bienes; y (d) eficiencia del aparato productivo nacional. Estas finalidades aparecen contenidas en el numeral 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, lo que representa en sí el bien tutelado.

Entonces, sólo se afectará el bien tutelado cuidado por las prácticas comerciales restrictivas en la medida que sean creadas distorsiones o fallas de mercado que impidan el libre desarrollo de estos principios.

Se habla que en un mercado existe competencia cuando se presentan estas cuatro finalidades. A falencia de uno de ellos debe afirmarse que ese mercado no se encuentra en competencia, y si esa patología es consecuencia de comportamientos de terceros, tal acto es imputable como restrictivo de la competencia.

Se afecta la *libertad de empresa* cuando los competidores crean barreras<sup>3</sup> que impidan a una persona adelantar una actividad económica. Como cuando las empresas se cartelizan para que un proveedor no entregue materia prima a una empresa que quiere entrar a competir con ellas.

Se vulnera la *libertad de escogencia*, cuando reconociendo que un potencial adquirente de productos cuenta con total libertad para hacer su elección preferida, la misma se ve frustrada o limitada por comportamientos de terceros. Lo anterior se presenta cuando no se le permite a un consumidor contar con una nueva empresa como alternativa, o se le impide estudiar una oferta, haciendo más gravosa su escogencia o inclusive no pudiendo escoger. La libertad de escogencia pretende cuidar el ingreso y el proceso de compra de las personas que hacen parte de la demanda, buscando que en la búsqueda de su preferencia pueda maximizar su capacidad adquisitiva. Es decir, que pueda satisfacer la mayor cantidad de necesidades.

Con la variedad de precios se pretende que un mercado no esté concentrado, perdiendo los consumidores la posibilidad de encontrar variedades diferentes a la que ofrece una sola empresa, como ocurre con los monopolios, de allí que el régimen de prácticas comerciales restrictivas también sea denominado como una normatividad antimonopolio.

La eficiencia no es más que conductas adoptadas por las empresas encaminadas a reducir los costos finales de un producto favoreciendo con ello a los consumidores, quienes en relación directa podrán, por el ahorro obtenido de la empresa eficiente reflejado en el precio final del producto, adquirir más bienes respecto del ingreso periódico recibido, siendo mayor su capacidad adquisitiva dentro del mercado. En términos de responsabilidad, la eficiencia del aparato productivo para este régimen representa ser un justificante del daño, es decir, una forma de probar que el bien tutelado no se ve afectado. Dentro de la teoría de responsabilidad uno de sus elementos es el daño, y si la colectividad se ve favorecida con un comportamiento empresarial, independientemente que afecte la libertad de entrada o la variedad de precios difícilmente se puede imputar responsabilidad, pues el comportamiento no dañó lo tutelado, como es el interés socioeconómico reflejado en el favorecimiento al mercado, es decir, el comportamiento fue eficiente.

Bajo lo anterior se tiene que el bien tutelado por las normas de prácticas comerciales está representado en la libertad de entrada, la libertad de escogencia y la variedad de precios y de bienes. Cualquier comportamiento de terceros que afecte estos principios genera una restricción. Sin embargo, si se logra demostrar que el comportamiento es eficiente para el mercado, es decir, para la colectividad, la conducta no resulta ilegal pues antes de perjudicar el mercado lo está es favoreciendo.

Dentro de las prácticas comerciales restrictivas se encuentran, entre otros, tres supuestos fácticos prohibitivos: los acuerdos<sup>4</sup>, el abuso de posición dominante<sup>5</sup> y los actos<sup>6</sup>.

Los acuerdos son arreglos entre competidores para no competir (colusorios) o para eliminar o impedir la entrada de otro al mercado (exclusorios). Este tipo de restricción se encuentra contenida en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

El abuso de la posición de dominio es un límite a la autonomía de la voluntad para aquellos agentes que cuentan con posición de dominio. Estas empresas encuentran disminuido su poder dispositivo en la medida que su concentración de poder las convierte en riesgosas para el mercado, dado que aprovechando con su alto grado de concentración podrían obtener un beneficio injusto. La regulación de abuso de la posición de dominio se encuentra descrita en el artículo 50 del decreto 2153 de 1992.

Los actos restrictivos del mercado son comportamientos unilaterales que impiden la libertad de empresa que son adoptados como retaliación del querer competitivo de otros. Este tipo de prohibiciones están reguladas en el artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

<sup>3</sup> “Barrera a la entrada es cualquier impedimento que evite que nuevas empresas compitan en igualdad de circunstancias con las ya existentes en una industria”. William A. McEachern. “Microeconomía”, Thomson Editores, p. 200.

<sup>4</sup> Artículo 45, Numeral 1, Decreto 2153 de 1992, “Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, practica concertada o concientemente paralela entre dos o más empresas”.

<sup>5</sup> Artículo 45, Numeral 5, Decreto 2153 de 1992, “Posición Dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”.

<sup>6</sup> Artículo 45, Numeral 2, Decreto 2153 de 1992, “Acto: todo comportamiento de quien ejerza una actividad económica.”

Los comportamientos restrictivos en sus diferentes géneros pueden desarrollarse desde el punto de vista vertical u horizontal. Son verticales, cuando se adelantan entre empresa que se encuentran en diferente escala de la cadena de valor, como cuando se carteliza un distribuidor con un productor, lo cual será visto más adelante. O también pueden ser horizontales, como cuando un productor arregla con un competidor el precio al cual venderán sus productos.

En materia de distribución cobra importancia el tema de competencia, pues existen cláusulas dentro de los contratos donde el productor le fija un territorio, producto o precio al distribuidor, limitando la entrada a salida de un comerciante al mercado, lo cual será tratado más adelante. Por ahora, lo importante es comprender que bajo las prácticas comerciales restrictivas se reprimen las conductas por medio de las cuales se limita la libertad de entrada de las empresas al mercado, la libertad de escogencia de los consumidores y la variedad de precios y bienes. Posteriormente describiremos los diferentes supuestos normativos prohibitivos aplicables al canal de distribución de acuerdo al contrato escogido. Siendo claro que dentro de las diferentes relaciones de distribución se incluyen cláusulas que a primera vista restringen la competencia, siendo necesario conocer cuándo resulta ilegal su inclusión y cuando resulta legal.

No sobra decir que a mi modo de ver las practicas comerciales restrictivas finalmente lo que protegen es la capacidad adquisitiva de bienes por parte de los consumidores, quienes al pagar más de lo justo por un bien donde no existe competencia, terminan siendo obligados a renunciar a adquirir otros bienes, pues el mayor valor les impide disfrutar más de su dinero, estando en contrapartida ese dinero a generar concentración de riqueza injusta. En otras palabras, la propiedad privada se adquiere con trabajo, cuando la propiedad privada se adquiere bajo otro medio generalmente estamos en presencia de un ilícito traducido en el saqueo, y si éste se presenta con ocasión de falsear la competencia, estaremos en presencia de lo que se denomina una práctica comercial restrictiva.

Por ultimo, en la medida que se trata de normas de intervención económica, por medio de la cual al Estado le interesa en bienestar de la colectividad, se trata de supuestos de imperativa observancia, siendo del género de normas de orden público, sobre las cuales los administrados pueden dejar de observar en su poder dispositivo. Cualquier inobservancia genera nulidad absoluta por ir en contra del orden público.

### 1.2.2 Competencia desleal

El régimen de competencia desleal castiga los comportamientos que impiden la concurrencia de las empresas al mercado. El bien tutelado es la concurrencia al mercado. La concurrencia es la participación de comerciantes a un mercado. Dentro de este régimen se exige a las empresas enfrentar a la clientela bajo mandatos de rectitud entre ellas, dentro de un escenario transparente.

Este régimen hace parte de una descodificación del código civil y del código de comercio. Allí aparecía los mandatos de responsabilidad según los cuales, quien cause daño a otro con culpa es responsable<sup>7</sup>. En este sentido, quien con su comportamiento impide la participación y el desarrollo de la actividad empresarial de una empresa en el mercado o porque con artimañas participa en el mercado quieren ser elegido por la clientela, estaría afectando la concurrencia, que representa lo tutelado por este ordenamiento.<sup>8</sup>

Si se pretendiera explicar la competencia desleal bajo la teoría general de responsabilidad, tendría que decirse que los elementos se cumplen al afirmar que el comportamiento por medio del cual se participa o se impide participar adecuadamente a otro es la causa para afectar la concurrencia.<sup>9</sup>

El régimen de competencia desleal se encuentra en la ley 256 de 1996. Allí aparecen los parámetros de aplicación, los supuestos fácticos y la legitimación requerida para considerar un comportamiento como desleal.

Cabe anotar que en nuestro sentir la ley de competencia desleal es un ordenamiento mal denominado, pues que dentro de su mismo articulado se indica que su aplicación no requiere una relación de competencia entre el sujeto pasivo y el sujeto activo de la acción. En este sentido no se trata de competencia desleal sino de deslealtad en contra de la concurrencia.

<sup>7</sup> Artículo 2341, Código Civil, "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

<sup>8</sup> Arturo Alessandri, "Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil", Ediar, Santiago, 1983.

<sup>9</sup> Luis Díez-Picazo, "Derecho de Daños", Civitas, Madrid, 1999.

Teniendo en cuenta que las empresas en muchas ocasiones utilizan a la vez fuerza de ventas propias y además terceros distribuidores, no son inusuales los conflictos que se presentan entre la red o entre la empresa y algunos distribuidores, el tema de competencia desleal toma fuerza, y es necesario determinar las infracciones que pueden generar esas conductas.

Dentro de estas puede existir: desviación de clientela, desorganización, uso de información reservada, inducción a la ruptura contractual, etc. Estos comportamientos serán tratados adelante.

## **2. La distribución como un concepto de marketing**

En esta parte del artículo se tratarán aspectos sobre los cuales está sentada la distribución, para después combinar estos aspectos y describir la regulación de competencia aplicable a los mismos.

### **2.1 Concepto**

La distribución podemos definirla como el desplazamiento de un bien o un producto desde el productor al consumidor final.

La función de la distribución consiste en hacer llegar el producto a su mercado meta. Para esto puede utilizar la fuerza de ventas propia de una compañía o terceras personas denominadas intermediarios que hacen fluir los productos del fabricante al consumidor.<sup>10</sup>

Pensamos que la finalidad de la distribución se presenta principalmente para reducir disparidades que puedan existir entre los lugares, los momentos y los modos de fabricación y de consumo dentro de un mercado, eliminando así las disparidades que existen entre la oferta y la demanda.

### **2.2 Ventajas**

Sus beneficios, son entre otros:

- El transporte de su mercancía desde el lugar de su fabricación al lugar de su consumo;
- Almacenaje e inventarios por fuera de su domicilio;
- Información de lo requerido por los clientes a fin de ser dinámica con los cambios; contacto sobre nuevos clientes; y
- Especialización de vendedores, entre muchos otros aspectos.

Frente a distribución se encuentran los canales, que son los diferentes medios o escalas recorridas por un producto para poder llegar a ser ofrecido a un consumidor. En tal sentido, distribución es el concepto y el canal es el desarrollo de ese concepto.

La distribución se trata de una etapa del mercado distinta a la producción, pues en la distribución se tiene un producto terminado y lo que se trata es de obtener la mayor cobertura posible dentro de un segmento particular. Pensamos que la finalidad de la distribución se presenta principalmente para reducir disparidades que puedan existir entre los lugares, los momentos y los modos de fabricación y de consumo dentro de un mercado, eliminando así las disparidades que existen entre la oferta y la demanda.

### **2.3 Canales de distribución**

Frente a distribución se encuentran los canales, que son los diferentes medios o escalas recorridas por un producto para poder llegar a ser ofrecido a un consumidor.

<sup>10</sup> Stanton, Etzel y walter. "Fundamentos de Marketing", Mc Graw Hill, 2001, 11 edición, p. 376.

La distribución de bienes puede ser directa, indirecta o múltiple. Es directa cuando se adelanta a través de la misma empresa productora con trabajadores subordinados a la misma. Es indirecta cuando se desarrolla a través de terceros diferentes a la empresa productora, amparados en negocios jurídicos cuyo contenido tiene como objeto crear escalas que le permitan al productor llegar hasta el consumidor final. Por último es múltiple cuando se combina a la vez la distribución directa con la indirecta.<sup>11</sup>

Las empresas organizan sus canales de distribución de acuerdo a sus necesidades. Usando una directa, indirecta o múltiple.

Los canales de distribución a su vez pueden contener diferentes estructuras, como pueden ser, entre otras, las siguientes:

- Productor - consumidor
  - Productor – detallista - consumidor
  - Productor – minorista – detallista – consumidor
  - Productor – mayorista – minorista – detallista - consumidor
  - Productor – agente – mayorista – detallista – consumidor
  - Productor – representante – agente – mayorista – minorista – detallista - consumidor

En todas estas escalas es claro que se requieren negocios jurídicos que permitan entablar una relación de distribución. En ese entendido los contratos deben estar ajustados a la ley, dentro de ellos el orden público.

## 2.4 Intensidad de los canales de distribución

Existen diferentes formas para clasificar los canales de distribución. Para los efectos de este artículo, resulta importante exponer tres clases de distribución: Distribución intensiva, distribución exclusiva y distribución selectiva.<sup>12</sup>

### 2.4.1 Distribución Intensiva

La distribución intensiva es aquella que se adelanta con múltiples puntos de venta sobre marcas reconocidas por el público a nivel nacional. Cualquier persona sin especialidad alguna se convierte en revendedor, no siendo relevante para el productor que su distribuidor tenga unas características particulares.

Esta clase de distribución depende mucho del poder de los detallistas y grandes cadenas de almacenes, quienes por lo general limitan el número de marcas que ofrecen al consumidor dentro del establecimiento; situación hoy en día más evidente con la entrada al mercado de las marcas propias<sup>13</sup>, donde las grandes cadenas ponen a competir la propia con otra marca más, cerrando con ello la oportunidad de ser encogidas a las restantes.

Al margen del tema planteado el problema es serio y grave. Pues el consumidor lleva prediseñada una imagen de la marca (fidelidad) pero por satisfacer su necesidad no puede prescindir de la compra de otra marca, dejando de ser fiel a su marca habitual (marchitándola).

En el mismo orden esta distribución conlleva a riesgo en materia de protección al consumidor, por perderse el control sobre la información entregada por los vendedores al momento de la venta, lo cual genera, por sí solo,

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 381.

<sup>12</sup> AAVV, Derecho Internacional de los Negocios, “Tendencia Mundial sobre restricciones verticales que contrarían el régimen de libre competencia”, Mauricio Velandia, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 348.

<sup>13</sup> “Marcas Propias, ¿qué tanto le sirven al Mercado?, Ámbito Jurídico, Mauricio Velandia.



riesgos por efectividad de la garantía para la empresa productora, bajo el supuesto de no guardar identidad lo ofrecido con lo adquirido<sup>14</sup>.

#### 2.4.2 Distribución selectiva

La distribución selectiva se presenta como una combinación entre la distribución intensiva y la distribución exclusiva, pues permite desarrollar la distribución de productos bajo un esquema de selección de distribuidores dentro de una zona particular, no dando exclusividad a ninguno, pero permitiendo escogencia de sus distribuidores dentro de un grado de especialidad. Es decir, se presenta con un número determinado de distribuidores dentro de un área definida.

#### 2.4.3 Distribución Exclusiva

Bajo esta clase la empresa otorga exclusividad a terceros para que éstos manejen la distribución de sus productos. La finalidad de las mismas es permitir la organización del segmento donde se participa, especializando a terceros que permiten obtener mayores coberturas regionales y verdadera competencia frente a marcas competidoras. Cada distribuidor cuenta con una zona exclusiva.

La exclusividad puede presentarse especialmente bajo dos variedades: exclusividad en producto y exclusividad en territorio. Estas dos formas presentan riesgos frente a las normas de mercado que deben ser cuidadosamente analizadas por cada empresa.

Esta intensidad en la distribución es la que genera mayores inconvenientes en materia de competencia.

Bajo este contexto, cada empresa de acuerdo a su necesidad determinará la conformación de su canal y su respectiva intensidad. Existen, por lo general, diferentes y múltiples formas de distribución utilizadas dentro de una empresa, siendo relevantes para ellas, que no existan riesgos para que una indebida competencia interna dentro de la marca, acabe perjudicando a la empresa.

Cada escala y cada intensidad, debe contar con negocios jurídicos libres de riesgos que permitan a la empresa organizar su distribución de la mejor manera, de ahí ser necesario entender la necesidad de la empresa, para configurar prestaciones válidas en lo jurídico y en lo comercial.

### **3. Riesgos jurídicos con ocasión de la aplicación del régimen de competencia en las relaciones de distribución**

Dentro del tema de competencia resultan irrelevantes las distribuciones directas, por medio de las cuales el fabricante distribuye con su fuerza de ventas sus productos, puesto que éstas representan a un agente económico con libertad de empresa para elegir el lugar, precio y la forma como pondrá a disposición del consumidor sus productos.

En este sentido las relaciones que resultan relevantes para el derecho de la competencia son aquellas que se adelantan entre terceros contratados para distribuir y el fabricante. Por ello solo nos referiremos a esta clase de distribución.

#### 3.1 Riesgos dentro del contrato

De acuerdo con el artículo 822 del código de comercio, *“los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”*

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1141 de 2000, M.P.: Eduardo Cifuentes.

Bajo lo anterior, dentro de los contratos comerciales son aplicables las normas civiles, a menos que dentro del régimen comercial se estipulen otros mandatos. Dentro de ese contexto se tiene que dentro del código civil, en el artículo 16, se indica que, “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.”

De conformidad con el artículo 1519 del código civil, “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto.” Así mismo en el artículo 1741 del mismo código se dice que “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.”

Siguiendo con el mismo orden, en el código de comercio se describe en el artículo 899 que, “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1. Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y 3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

En tal sentido, el límite de la autonomía de la voluntad o al poder dispositivo de las partes se encuentra limitado por las normas de orden público, las cuales son imperativas y no pueden ser derogadas por las particulares dentro de sus negocios.<sup>15</sup>

Entonces, las relaciones entre fabricante y distribuidor, bien sea estipulada dentro de contratos atípicos o típicos, verbales o escritos, deben observar el orden público, siendo nulas aquellas cláusulas o elementos accidentales del contrato que contraríen ese orden. Las normas de competencia, por ser supuestos donde el estado en su función de intervención en la economía salvaguardando el interés común, hace parte de las normas consideradas de orden público, por tanto de obligatorio cumplimiento.<sup>16</sup>

Dentro de esa línea, es importante señalar que contratos típicos como la agencia comercial o el suministro están reglados, y son permisibles en ellos la fijación de precio, y las cláusulas de exclusividad en territorio y producto. En el caso del suministro, condicionada a no restringir la competencia, como lo describe el artículo 19 de la ley 256 de 1996. Para el caso de la agencia dentro del artículo 1317 del código de comercio, de manera absoluta, ya que por tratarse de un contrato mediante el cual el fabricante controla su producto para efectos de competencia se trata de un solo agente económico.

Lo anterior en lo que se refiere a contratos típicos. En cuanto a contratos atípicos, no compartimos de manera absoluta, ensayos jurídicos nacionales donde algunos doctrinantes han establecido que dentro de los contratos atípicos es característica de un contrato determinado que mediante él se pueda fijar el precio de reventa, un territorio exclusivo o un producto exclusivo. Cómo si el contrato atípico autorizará la infracción al orden público, siendo que dentro de los contratos atípicos, en primer lugar carecen de elementos esenciales, los cuales son propios de los contratos típicos, y en segundo lugar, en la medida que dentro de los contratos atípicos también el poder dispositivo de las partes se encuentra limitado, como puede ocurrir en contratos como, franquicia, distribución y concesión.<sup>17</sup>

De acuerdo con lo anterior, para desarrollar este tema, en un principio se tratarán las restricciones, indicando la tipicidad jurídica y el escenario económico para que sea calificada como lícita o ilícita la prestación dentro del contrato. Por último, se indicará la posible autorización previa para que la prestación vertical sea autorizada por el Gobierno, y no esté sujeta a riesgos jurídicos posteriores, siendo voluntaria dicha gestión, y no obligatoria como ocurre con las integraciones económicas.

### 3.1.1 Restricciones verticales entre productor y distribuidor

<sup>15</sup> Emilio Betti, “Teoría General del Negocio Jurídico”, Granada, Comares, 2000, p.96.

<sup>16</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”, Bogotá, Temis, 1998, p. 9 a 16.

<sup>17</sup> Lina Bigliuzzi, Humberto Breccia, Francesco D. Busnelli, Ugo Natoli. Traducción: Fernando Hinestrosa, “Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos”, Tomo I, Volumen II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 647.

El régimen de restricciones verticales en nuestro ordenamiento es tratado por el artículo 47 y 48 del decreto 2153 de 1992. Allí aparecen supuestos fácticos que contienen descripciones prohibitivas aplicables a los contratos de distribución.

Las principales relaciones entre fabricante y distribuidor están relacionadas con la fijación del precio de reventa, la exclusividad en territorio y exclusividad en producto.

- Fijación al precio de reventa

De conformidad con el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, están prohibidos los acuerdos entre dos o más empresas para fijar los precios en el mercado.

El supuesto restrictivo que estamos explicando tiene como finalidad salvaguardar el principio según el cual el precio que rige en la compra y venta de bienes y servicios deviene de la interacción de las reglas naturales del mercado, así como de las decisiones autónomas de cada empresa.<sup>18</sup> Por tanto, la decisión acordada entre oferentes de esos productos, las cuales afectan el juego de oferta y demanda, se consideran, restringen la libre competencia.<sup>19</sup>

En este sentido, lo lícito es que cada empresa fije independientemente su precio, y lo ilícito es que acuerden entre ellas el precio. Es preciso evidenciar que los acuerdos de precios son la forma más directa para que una empresa reciba más dinero de lo que puede costar un bien en un mercado en competencia, aumentando con ello su utilidad y disminuyendo el excedente del consumidor, es decir, su capacidad adquisitiva de bienes, teniendo el consumidor que renunciar a adquirir otros bienes que ya no puede comprar por la reducción presupuestal que sufrió como consecuencia del acuerdo de precios entre empresas.<sup>20</sup>

Con este supuesto de acuerdo de precios el legislador pretende salvaguardar que los precios de los bienes y servicios sean producto de la decisión autónoma de cada empresa al observar el libre juego de oferta y demanda. El precio es un concepto más económico que jurídico. Es así como dentro de nuestras normas solo se hace referencia a precio en el contrato de compraventa en donde se señala que una de los elementos esenciales de ese contrato es el precio.

Desde el punto de vista económico, de forma básica, precio es igual a costos más utilidad menos descuento. El precio en materia de competencia es importante por una sencilla razón, y es que representa la cantidad de dinero que pagan los consumidores por satisfacer una necesidad. En tal sentido, cualquier defraudación en el mismo genera una disminución en la capacidad adquisitiva de los consumidores, y un aumento en la riqueza de los autores del ilícito. El Estado, protegiendo el mercado, busca que la repartición del dinero sea equitativa, y observando que el precio es lo que se paga por un bien, rechaza los comportamientos mediante los cuales se deja de competir en precio.

Dentro de la conformación de un canal de distribución es usual que las empresas fijen el precio de reventa a los distribuidores. Tal comportamiento estaría contradiciendo el mandato del numeral 1 del artículo del decreto 2153 de 1992, según el cual dos empresas no pueden acordar el precio de sus productos. Teniendo en cuenta que el distribuidor adquiere la propiedad privada del producto, en adelante él, como empresa independiente, debe fijar el precio bajo el cual venderá su producto, no siendo posible arreglar el precio al cual ofrecerá el producto. A gran escala significaría que todo el canal de distribución tendría el mismo precio, por tanto todos harían parte del acuerdo.

Se trataría entonces, en un principio, de un acuerdo vertical de precio entre el fabricante y todo el canal de distribución indirecto.

Decimos que un principio, en la medida que para que un comportamiento sea considerado como restrictivo debe infringir lo tutelado, es decir la libertad de entrada, la libertad de escogencia y la variedad de precios de bienes.

<sup>18</sup> “En los mercados competitivos, las curvas de oferta y demanda indican cuánto producirán las empresas y cuánto demandarán los consumidores en función del precio.” Pindyck Robert, *Microeconomía*, Prentice Hall, página 54, Madrid 1995.

<sup>19</sup> “El precio y la cantidad dependen de las características de la oferta y de la demanda. Su evolución dependen de cómo respondan éstas a otras variables económicas, como la actividad económica agregada y los costes laborales, los cuales también varían.” Pindyck Robert, *Microeconomía*, Prentice Hall, página 17, Madrid 1995.

<sup>20</sup> Yves Montangie, “La imposición del precio de reventa: hacia un replanteamiento”. *Boletín Latinoamericano de Derecho de la Competencia*, número 5, 1998.

Basta observar el contenido del numeral 10 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, donde se señala que la sanción de comportamientos restrictivos debe hacerse con sujeción al numeral 10 del artículo 2 del mismo decreto, donde se indican las finalidades de la aplicación del régimen de prácticas comerciales restrictivas (el bien tutelado). Entonces, el legislador reconoce que existen comportamientos que no obstante estar dentro de la presunción de restricción no dañan la competencia, pues ellos no vulneran las finalidades o principios, siendo necesaria la complejidad de normas para su tipificación, es decir la sumatoria de algunas de las descripciones del artículo 47 más la vulneración de las finalidades de la competencia, es decir de lo tutelado.

Para ese efecto, si la fijación de precios del fabricante al distribuidor no impide la entrada e un competidor al mercado, ni la libertad de escogencia del consumidor, y se presenta variedad de bienes, el comportamiento no puede ser calificado como restrictivo de la competencia, pues no se completa la tipificación requerida en la ley para dicha calificación. Caso contrario ocurrirá en los casos donde la fijación del precio de reventa al distribuidor infrinja alguno de los principios, casos en el cual el comportamiento es restrictivo, por tanto la inclusión de una cláusula de fijación de precio, como elemento accidental del contrato, resultaría nula, sin perjuicio de la sanción a la cual son acreedoras las empresas participantes del contrato.

Bajo tal análisis legal, la cláusula por medio de la cual el fabricante le fija el precio al distribuidor no siempre es restrictiva, y depende del grado de competencia que exista en el mercado, no siendo absoluta la prohibición, ya que depende del cumplimiento de la norma compleja a la cual se hizo referencia.

En este sentido, los mercados donde reporta mayor riesgo que opere la prohibición de la restricción por fijación en precios de reventa, son aquellos mercados donde el fabricante cuenta con posición de dominio, pues con la fijación de precios vulnera el principio de variedad de precios, quedando el consumidor expuesto a un solo precio, que es el impuesto por el fabricante a toda su red. El efecto económico de lo anterior es el doble margen sin competencia, tanto el del fabricante, como el que él repite en su canal, estando expuesto el excedente del consumidor al antojo del dominante, que impide la competencia en el precio del canal, perjudicando al mercado meta.

En aquellos mercados donde un fabricante no cuenta con posición de dominio es más lejano que la fijación del precio de reventa sea restrictiva de la competencia, pues el consumidor cuenta con otras alternativas diferentes a la del fabricante que impone el precio a la red, las cuales pueden ser escogidas por encima de ésta, por tanto la variedad de bienes y la libertad de escogencia del consumidor quedan a salvo, estando dentro de una parte de la tipificación, la cual no se completa en la medida que no se ven inobservados las finalidades y los principios, lo cual se requiere imperativamente para la tipificación del supuesto restrictivo. Y resulta lógico, pues mal podría castigarse lo que no daña al mercado. Por eso la tipificación debe ser completa, pues así lo estipuló el legislador, siguiendo la realidad de un mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena mencionar el contenido del artículo 9 de la ley 155 de 1959, según el cual *“Cuando las empresas industriales fijen precios de venta al público, ni la misma empresa, directamente, o por medio de filiales, o distribuidores, ni los comerciantes independientes, podrán venderlos a precios diferentes de los fijados por el productor, so pena de incurrir en las sanciones previstas para los casos de competencia desleal.”*

De esta norma algunos afirman su derogación, sin embargo no compartimos dicha interpretación, pues la ley 256 de 1996 dice expresamente en su artículo 33 que *“La presente Ley rige a partir de su promulgación y deroga el artículo 10 de la Ley 155 de 1959; los artículos 75 a 77 del Decreto 410 de 1971, los artículos 975 y 976 del Código de Comercio y las demás normas que le sean contrarias”*.

Aquellos que afirman que el artículo 9 de la ley 155 de 1959 está derogado, no cuentan con respaldo legal de derogatoria expresa. Su fundamento lo basan en que el decreto 2153 de 1992 en su artículo 47 numeral 1, prohíbe la fijación de precios vertical y horizontal. No compartimos dicha explicación, puesto que lo que prohíbe el decreto 2153 de 1992 es que se afecta la libertad de entrada de las empresas a un mercado, la libertad de escogencia de los consumidores y la variedad de precios y de bienes. En ese sentido, si el canal de distribución cuenta con fijación de precio de reventa y se está en presencia de un mercado altamente competido no se restringiría la competencia, caso contrario ocurriría en los mercados no competidos, donde se presentaría una afectación al régimen de prácticas comerciales restrictivas. Todo depende del factor probatorio.

No puede quedar por fuera de la discusión el inciso segundo del artículo 18 del decreto 3466 de 1982, que la referirse a la fijación de precios máximos del productor menciona que *“Cuando el productor haya establecido, voluntariamente o en obediencia a una determinación en tal sentido de la autoridad competente, precios*

*máximos al público indicados en los bienes mismos, el proveedor o expendedor estará exento de la obligación prevista en este artículo, pero podrá establecer precios inferiores al precio máximo al público, los cuales constituirán los precios máximos al público fijados por el proveedor o expendedor.”* Artículo que sería aplicable en aquellos casos donde no exista contrato de colaboración, pues se trata de un comportamiento unilateral que no hace parte de contratos bilaterales. Lo que si permite evidenciar el artículo transcrito, es que el mismo precio en el canal no es siempre ilegal bajo el decreto 2153 de 1992, solo cuando se afecte la competencia, es decir sus principios.

Con lo dicho, podría afirmarse, que si no se restringe la competencia con la fijación del precio de reventa, y es el distribuidor quien no sigue el precio, éste puede ser demandado por competencia desleal. Ahora, si el fabricante fija el precio de reventa al distribuidor, y el primero cuenta con posición de dominio, será éste el infractor, pues está restringiendo la competencia.

- Exclusividad en territorio y producto

En el número 3 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 se señala que están prohibidos los acuerdos de repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.<sup>21</sup>

Como lo indicamos, una de las finalidades del derecho de la competencia es que exista una multiplicidad de empresas oferentes y demandantes, para que así el mercado no esté sujeto al parecer de una sólo empresa y el mercado tenga alternativas. Esto se consigue a través de un mercado competitivo. Este supuesto restrictivo se encamina precisamente a prohibir que tanto distribuidores y productores se dividan un mercado creando barreras entre ellos, limitando las posibilidades de escogencia o de compra.

Según el diccionario, repartir significa distribuir entre varios una cosa dividiéndola por partes. De tal forma, la conducta que se prohíbe bajo este precepto es que entre los agentes se distribuyan en mercado.<sup>22</sup> De tal manera, la repartición tiene como objeto limitar el campo de acción para cada agente que ofrece comprar u ofrece vender, coartando su acción comercial a la parte que le fue adjudicada una parte del mercado.

Cobra entonces importancia la definición de mercado, para determinar las variables económicas que lo conforman y que pueden ser divididas. En tal sentido, consideramos que mercado es el lugar geográfico donde se encuentra la oferta y la demanda, es decir donde las empresas ofertan sus bienes y donde las empresas los adquieren a cambio de un precio.

En la definición aparecen cuatro variables: territorio, oferta, demanda y precio. La última es tratada por el acuerdo de precios. Las restantes son variables que pueden ser estudiadas bajo la repartición de mercado.

La repartición de zonas se presenta cuando las empresas deciden adjudicarse un lugar específico donde pueden vender sus productos, obligándose a no ofrecer o demandar esos bienes en una zona o territorio diferente al asignado, creando entre si monopolios sectoriales.

La implicación es que las personas interesadas en adquirir un producto tienen limitada sus alternativas de compra sólo para la empresa que se encuentra en ese territorio, y no pueden tener acceso a otra en la medida que arreglaron quienes serán las que atiendan esa zona. En tal sentido en ese territorio el consumidor está obligado a la oferta impuesta.

Bajo este punto se hace necesario de hablar acerca de las cláusulas de exclusividad, entendidas como aquellas prestaciones dentro de los contratos mediante las cuales los fabricantes asignan un territorio exclusivo a su red.

De igual forma la prohibición de vender otro producto genera una repartición de mercado negativa, puesto que se prohíbe la entrada a la venta de otro producto. Lo cual se traduce en una exclusividad en producto. Lo reprochable de la conducta es que le consumidor se ve privado del ingreso de un potencial oferente. La elasticidad de la oferta disminuye en este caso, pues alguien que puede ingresar renuncia para su futura participación.

<sup>21</sup>       Ámbito Jurídico. “Las cláusulas de exclusividad bajo el régimen de libre competencia”. Mauricio Velandia, 26 de noviembre al 9 de diciembre de 2001.

<sup>22</sup>       Hinestrosa Marta. Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988.

Tal como se puede observar, tanto la exclusividad en territorio como la exclusividad en producto son figuras verticales que en un principio se tipifican como acuerdos restrictivos de la competencia, especialmente una repartición de mercado.

Para desarrollar el verdadero alcance de la legalidad o ilegalidad de las exclusividades, debe nuevamente hacerse referencia a la vulneración del bien tutelado, es decir a la tipicidad completa de la restricción, la cual requiere, como se indicó atrás, la violación de la competencia con ocasión de la configuración del supuesto fáctico contenidos en el artículo 47 del decreto 2153 de 1992 más el numeral 2 del artículo 1 del decreto 2153 de 1992.

Bajo lo anterior, de acuerdo con las normas de prácticas comerciales restrictivas, no siempre las cláusulas de exclusividad generan una restricción. Para que sean restrictivas deben crear barreras a la entrada para otros productos, limitar la libertad de escogencia del consumidor o la variedad de bienes. Para ello, insistimos que existe un mayor riesgo de restricción cuando el fabricante que constituye la exclusividad cuenta con posición de dominio, pues un agente de estos concentra una porción importante de mercado, donde la segmentación de mercado puede llegar a limitar la competencia en la medida que, excluye a otros proveedores; o reduce la competencia; reducción de la competencia entre distribuidores de la misma marca; y limita libertad del consumidor. Como se puede observar, si la competencia es insuficiente, el riesgo de que la exclusividad sea restrictiva es alto, pues la misma puede llegar a afectar la competencia. Por el contrario, si se trata de un mercado donde la participación de empresas es generosa, la exclusividad en producto y territorio no genera una restricción al mercado, es decir no afecta el mercado.

En esta línea se cuenta con el artículo 19 de la ley 256 de 1996, según el cual, *“Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.”*

Cómo se observa, esta ley de deslealtad castiga la exclusividad para algunos casos y para otros no. Es desleal cuando la exclusividad monopoliza el mercado o restringe el acceso a competidores. Este supuesto es aplicable en materia de prácticas comerciales restrictivas en la medida que dentro del artículo 1 de la misma ley al mencionar el objeto de la misma señala que *“Sin perjuicio de otras formas de protección, la presente Ley tiene por objeto garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, en beneficio de todos los que participen en el mercado.* Así mismo, dentro del artículo 6 de la ley 256 de 1996 se reafirma lo dicho al indicarse que *“Esta Ley deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común; y competencia económica y libre y leal pero responsable.”*

Entonces, es claro que cuidando la libre competencia, es decir la no presencia de restricciones en un mercado, el legislador consideró que las cláusulas de exclusividad no son de manera absolutas ilegales, sino que para que su calificación se presente debe venir acompañada del escenario económico donde la mencionada cláusula vulnera el mercado, es decir, el bien tutelado.

### 3.1.2 Autorización voluntaria previa y exenciones

De conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 de la ley 155 de 1959, *“El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”*

Bajo tal mandato, los particulares pueden solicitar al Gobierno autorización para adelantar acuerdos, entre ellos los verticales, mediante los cuales se restrinja la competencia. Ellos serán excepcionados de aplicación del régimen de competencia cuando su desarrollo sea para defender la estabilidad de un sector básico.

Como se indicó, si la fijación de precios de reventa, la exclusividad de producto y territorio, se presentan dentro de un mercado altamente competido, y las mismas no vulneran las finalidades de competencia como son la libertad de entrada de las empresas, libertad de escogencia de consumidores o la variedad de bienes, éstas no pueden ser consideradas como limitativas de la competencia por no cumplirse tu tipicidad por no dañar lo tutelado.

En este sentido, de presentarse la autorización previa por parte de los interesados, el Ente de Control encargado de tutelar el cumplimiento de las normas de competencia se ve en la tarea de determinar previamente si las cláusulas a que se hizo referencia restringirían la competencia para así ser objeto de estudio de excepción a que se refiere el párrafo o si ni siquiera restringen la competencia por no vulnerar las finalidades del ordenamiento respectivo. Con esto, queda eliminado el riesgo jurídico y la empresa cuenta con certeza que su comportamiento e inclusión de las prestaciones verticales se presenta dentro de un escenario de cumplimiento.

Cabe anotar, que la exención a la cual hemos hecho referencia también aplica cuando se trata de sectores económicos totales. Es así como a nivel mundial se observa sectores económicos con normas especiales en materia de distribución, como lo es el de vehículos en la caso de la Comunidad Económica Europea. Desafortunadamente en Colombia no se ha presentado aún el primer caso. Vale la pena que las agremiaciones trabajen en el punto.

### 3.2 Riesgos por fuera del contrato

#### 3.2.1 Competencia desleal

Hemos hablado del régimen de competencia en cuanto a prácticas comerciales restrictivas, rama mediante la cual se protege en mercado, es decir el interés común. Ahora trataremos el tema de competencia desleal, que otra rama del derecho de la competencia que protege el interés privado a la concurrencia.

Bajo este concepto, pueden existir comportamientos que no vulneren el interés común pero si el interés privado.

Con ocasión de esta publicación, creemos necesario llamar la atención sobre comportamientos que se presentan entre fabricantes y distribuidores, cuando los primeros no renuncian a la distribución de sus productos, adoptando una distribución multimodal, donde distribuyen directamente y adicionalmente desarrollan a través de terceros la distribución indirecta.

Este tipo de conflicto, cae en los cercos de competencia desleal, los cuales son discutidos en tribunales de arbitramento y juzgados donde los distribuidores demandan la infracción a la concurrencia de que son objeto por parte de fabricantes, no teniendo en todos los casos razón, y algunos si.

Entre otras se puede presentar:

- Discriminación

Se presenta cuando el fabricante otorga sin justificación mejores condiciones a un distribuidor. La imperfección que se crea, es que en la competencia de distribuidores tendrá mejor opción de triunfo la persona que resulta favorecida con la discriminación.

El daño puede ser extraído de la falta de información en las precontractuales o en el desarrollo de la ejecución del contrato, probando en los dos casos la mala fe en la desigualdad, y el daño que sufre la empresa en virtud de la imperfección creada.

- Desviación de clientela

Cuando el canal directo entra a competir con la red de terceros, bajando el precio a un valor inferior en la venta al detal al que le vendió al por mayor a su red para reventa; O cuando le impide adelantar ofertas dirigidas a un mercado ya conquistado.

Bajo este supuesto, los ingresos generados por las ventas bajan con ocasión de la prohibición de atender la clientela real o potencial.<sup>23</sup>

- Uso de información

<sup>23</sup> Ámbito Jurídico, “¿Cómo proteger los Signos Distintivos?”, Mauricio Velandia, 19 de agosto al 1 de septiembre de 2002.

Es usual que fabricante y distribuidor intercambien información. En desarrollo de ese intercambio se tiene conocimiento a información cuyo titular es el comerciante, permitiendo el acceso pero no la comunicación o uso en beneficio propio o ajeno.

Para este efecto, las empresas deben ser celosas desde el principio en determinar que información es entregada al distribuidor y a la vez qué manejo le darán a la información entregada por los distribuidores.

Existen múltiples formas desleales que se presentan, y serán casuística su tipificación. En tal sentido, no trata de adelantar un estudio pormenorizado de los comportamientos desleales, sin embargo es importante llamar la atención que la mayoría de conflictos entre fabricante y su red generan riesgo de deslealtad, las cuales deben ser estudiadas de manera particular para cada caso.

#### **4. Conclusiones**

Como se puede observar, el régimen que regula las relaciones de distribución esta incluido en su totalidad dentro del régimen de competencia. Tal ordenamiento contiene los límites a la autonomía de la voluntad que debe ser observado por los interesados en adelantar una comercialización indirecta. Sin embargo, la inclusión y combinación de cláusulas limitativas generan un alto riesgo de ilegalidad el cual debe ser trabajado desde el inicio dentro de los contratos. En el mismo sentido, la creación de la relación jurídica entre distribuidor y fabricante genera derechos que posteriormente pueden ser utilizados en contra del fabricante por su distribuidor, en tal sentido, es recomendable observar las prestaciones y definir los riesgos desde el punto de vista de competencia desleal y de acuerdos verticales.

Queda por tratar el tema de abuso de posición de dominio contractual y de mercado, así como los actos restrictivos de la competencia que se presentan con ocasión de las relaciones entre distribuidor y fabricante, el cual amerita muchas líneas, y trataremos en otro escrito, quedando mucho por escribir al respecto, lo cual es tarea de todos.



---

## DEVELOPMENTS AND PERSPECTIVES IN COLOMBIAN COMPETITION LAW

By: **Alfonso Miranda Londoño**<sup>24</sup>

E-mail: [amiranda@cable.net.co](mailto:amiranda@cable.net.co)

### Recent Developments

Like most countries in Latin America, Colombia issued a first tear of antitrust legislation at the end of the fifties, under the political and academic influence of the U.S. and the European Union. However, Competition laws were not applied in this first era, mainly due to the economic protectionist model, which did not favor a competition environment.

At the beginning of the nineties, Colombia changed the development model in order to open its markets to foreign competition. The free trade model required of the application of new competition laws, which were issued and have been applied ever since.

During the years 2004 and 2005, the Colombian General Competition Authority, the Superintendence of Industry and Commerce – SIC, has shown intense activity. It must be noted that SIC is in charge of controlling anticompetitive and unfair trade practices, applying consumer protection laws and administrating the trademarks and patents registry. SIC is an administrative authority; however, in 1998 it was given judicial authority to decide unfair trade and consumer protection cases.

There has been intense activity in all fronts, but the most notorious cases during the past year have been related to mergers and anticompetitive practices.

Among many other transactions SIC cleared two big acquisitions: The sale of the main cigarette manufacturer Coltabaco to Phillip Morris and the sale of Bavaria to SabMiller. SIC also authorized the merger between Procter & Gamble and Gillette. In all three cases SIC approved the transactions without conditions.

SIC also approved the Televisa – Editora 5 transaction related to the edition and commercialization of magazines. In this case SIC approved the transaction subject to the condition of the sale of a magazine in the segment of “parents and sons”.

However, not all the important transactions were cleared. SIC objected to the Procter & Gamble – Colgate transaction related mainly to the Fab brand, and the Postobón – Quaker transaction, related to the Gatorade brand. In both cases the main debate between SIC and the petitioners was related to the definition of the relevant market.

In the P&G – Colgate transaction SIC decided at the last moment to narrow the relevant market of powder soap, departing from the market for washing products (including powder and bar soap) presented by the companies.

In the Postobón - Quaker transaction SIC narrowed the relevant market to include only isotonic beverages. In this case SIC not only forbid the transaction, but also launched an investigation in order to establish whether the parties had closed the transaction before SIC approved the deal. It must be noted that under Colombian Law, economic integrations have to be cleared by the authority before they produce effects in the market. Failure to inform the transaction is considered a breach of competition laws that will cause fines to the companies. If in addition to that SIC comes to the conclusion that the transaction must be prohibited, a judge could decide that the deal is absolutely void because of an illicit object, which has important economic consequences under the Colombian Civil Code.

SIC has also issued important decisions in the front of anti-competitive practices. The four main supermarkets in Colombia (Éxito, Carulla, Olímpica and Carrefour) were charged with abuse of dominant position, following an

---

<sup>24</sup> Partner in charge of the Competition law section at *Esguerra Gamba Barrera Arriaga Miranda Piquero Gonzalez Jaramillo Asesores Jurídicos*. The autor is also the Director of the Law and Economics Department at the Javeriana University Law School in Bogotá, the Director of the Competition Law Study Centre – CEDEC, and the Profesor of Competition Law at the Javeriana University.

accusation by their suppliers. SIC presided over a complex negotiation that ended with the settlement of the case and the signing of a “good practices” agreement between the main associations for commerce and industry.

Something similar happened in the “credit card case”, in which the two companies that own the credit cards networks were charged with the cartelization of the commissions. The case also ended with a settlement in which not only the investigated companies but also the banks, compromised to important disclosure and other measures in order to guarantee that each network will set the commissions independently.

But not all investigations have ended in settlement. SIC recently imposed the largest fine in its history (over one million dollars) to the rice grinders, who were found guilty of establishing a cartel in order to buy rice at low cost to the producers of rice. The highest fine was also imposed to Cadbury Adams for predatory pricing.

All these decisions seem to strengthen the position of SIC and its role before the public opinion.

### **Perspectives.**

It is clear that Competition Law in Latin America and specifically in the Andean Countries is steadily evolving, due to the integration treaties: Not only CAFTA was approved by the U.S. Congress, but following Peru, the Andean countries are rapidly progressing in their own negotiation of a FTA.

In preparation for the implementation of the FTA with the U.S., many Latin American countries have been discussing or passing new Antitrust Laws. At a supranational level, the Andean Community of Nations – CAN recently issued Decision 608, which replaced the old Antitrust Statute, Decision 285. According to the more recent Decision 616, meanwhile Ecuador and Bolivia issue their competition law, Decision 608 will apply directly within those countries.

In Colombia, Congress issued Law 962, 2005, which orders the application of civil procedure to unfair trade cases tried before SIC. This was a long awaited reform that will for sure bring stability and clarity to unfair competition cases that were before tried within a mixture of administrative and civil procedure, which raised a great deal of procedural and constitutional issues, therefore distracting the authority from the main questions that unfair trade cases pose.

Congress has also announced a new Competition Law that once enacted will modify the existing regime in the following important aspects:

- It will grant the actual General Competition Authority, the Superintendence of Industry and Commerce - SIC, the sole power to apply Competition Laws, including specialized sectors such as Public Utilities, Banks and Insurance, Transportation and Ports, etc.
- This reform implies giving SIC the Antitrust enforcement faculties granted by Colombian Law to the Superintendence of Public Utilities, the Superintendence of Banks, the Superintendence of Ports and Transportation, and even the Aeronautic Authority.
- It will increase the fines that SIC can impose to companies that breach Competition Laws. Currently the fines can go up to U.S. \$300.000,00 for the companies and U.S. \$45.000,00 for the administrators. According to the law project, the sanction for the companies could go up to U.S. \$15.2 millions. This undoubtedly an important change in Antitrust enforcement, that will draw the attention and care of the administrators and companies that can be subject to costly fines.
- It will expand from three to six years the statute of limitations for Antitrust investigations. This will allow SIC to investigate Antitrust practices performed during larger periods of time, without the danger of caducity.
- It will set a time limit to preliminary investigations which actually can run for years without being closed or formally opened.
- It will require that in case the investigated party decides to offer SIC a settlement, it will only have the opportunity to propose it during the first stages of the procedure, so that SIC does not have to go through the whole process only to have to analyze a settlement proposition at the end.

The described changes will foster the increasingly active role that Competition Law has nowadays in Colombian economy. It will also help SIC to solve the important cases it is now handling in a more effective way.

It would be also desirable that the new law would consider the plight of the persons or companies damaged by anticompetitive conduct, for they do not find a clear route for recovery.

Another issue to be considered is the inclusion of a Leniency Program, which would help SIC in its fight against hard core cartels and other anti competitive practices.

Congress has also been considering the possibility of issuing a new general competition law which would cover all sectors of the economy and include special competition rules for certain economic sectors such as agriculture, public services, banking, etc.

This is a very interesting idea, that would greatly help the understanding and development of Colombian Competition Law, which during the past few years has been subject to great proliferation of legislation and authorities, in detriment of stability and uniformity of the antitrust analysis.

## PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LOS JUECES CIVILES

CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO <sup>25</sup>

Email: [carlosperilla@hotmail.com](mailto:carlosperilla@hotmail.com)

### INTRODUCCIÓN

Desde la expedición de la Ley 155 del año 1959 Colombia dispone de una ley en contra de las prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, hasta principios de la década de los noventa, esta Ley fue inaplicada por las autoridades nacionales. Esta omisión podría atribuirse, entre otras razones, a los mecanismos de sustitución de importaciones y control de precios que durante años escudaron la industria nacional de una efectiva competencia.

La apertura de la economía colombiana y la Constitución Política de 1991 cambiaron dicho panorama, definiendo la libre competencia como un derecho constitucional, reduciendo las barreras que protegían la industria nacional e impedían el ingreso de un mayor flujo de importaciones, y privatizando empresas estatales y permitiendo a los particulares la prestación de servicios públicos.

Como consecuencia de las disposiciones sobre libre competencia de la Constitución Política de 1991, en el año 1992 se expidió el Decreto Ley 2153. Esta norma actualizó la Ley 155 de 1959 así como las funciones administrativas sancionatorias de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) al respecto. De esta forma, la SIC inició a mediados de los noventa la aplicación de la normatividad de libre competencia, labor que se encuentra en su fase inicial y está próxima a completar su primera década.

Durante esta fase inicial, la aplicación del derecho de la competencia en Colombia se ha limitado al ámbito de funciones administrativas de la SIC. Por tal motivo, en la actualidad no existe aún conciencia sobre la posibilidad de hacer cumplir tales normas a través de acciones judiciales.

Este artículo busca presentar diversas opciones a través de las cuales las normas del derecho de la competencia se pueden hacer efectivas ante la jurisdicción civil. Para ello, en primer lugar se explicará la naturaleza del derecho de la libre competencia y las funciones de la SIC. Posteriormente, se expondrá la posibilidad de acudir a las acciones populares para defender el interés colectivo en la libre competencia. A continuación se explorarán los mecanismos disponibles para controlar la legalidad de acuerdos anticompetitivos. Por último, se analizarán las opciones para obtener la indemnización de los perjuicios causados por prácticas anticompetitivas.

Antes de abordar el plan antes expuesto, es importante realizar dos advertencias. La primera es que la mayoría de las consideraciones presentadas en este artículo son de carácter teórico, pues como ya se anotó, hasta el momento el derecho de la competencia no ha sido aplicado ante los jueces, sino sólo ante la SIC, que es una autoridad administrativa. Por esta razón no existe jurisprudencia específica a los temas aquí analizados, los cuales serán por ende soportados en la normatividad vigente.

El segundo es que para efectos de este artículo, derecho de la competencia significa el derecho que prohíbe las prácticas comerciales restrictivas. Es decir, el derecho que prohíbe los acuerdos contrarios a la libre competencia, como los cárteles de fijación de precios entre competidores, y los abusos de empresas con posición dominante en el mercado, como la negativa a contratar o las ventas atadas.

Este artículo no se refiere a las normas sobre competencia desleal, las cuales se encuentran reguladas en Colombia por la Ley 256 de 1996. Esta advertencia es importante, pues dada la novedad del derecho de la competencia en nuestro medio, suele ser confundido con la disciplina de la competencia desleal. Si bien ambas normatividades definen normas aplicables a la competencia empresarial, el objeto de protección y la finalidad de cada una es diferente.

### 1. APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

<sup>25</sup> Abogado y Especialista en Derecho Financiero (Universidad del Rosario, Bogotá). Master in Law (LLM in Economic Regulation (University of London, Queen Mary College). Profesor de Postgrado de la Universidad del Rosario, Bogotá.

El artículo 333 de la Constitución Política establece que *“la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades”*. De acuerdo con esta definición, el derecho a la libre competencia es de categoría constitucional, en la medida que la norma jurídica en la cual se encuentra definido es la propia Constitución Política. En consecuencia, este derecho participa de los privilegios característicos de esta norma, como son la supremacía frente a otras normas de inferior nivel, la posibilidad de ser defendido a través de un juicio de constitucionalidad, la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a dicho derecho, y la posibilidad de acudir a los mecanismos de protección de los derechos constitucionales.

El derecho a la libre competencia es calificado como un derecho de todos, es decir, como un derecho que beneficia a todos los sujetos que participan en las relaciones de mercado, sean oferentes o demandantes, e incluso al interés público. La libre competencia es por lo tanto, un derecho colectivo cuya titularidad corresponde a toda la comunidad, quien en conjunto es la beneficiaria de la eficiente asignación de recursos de dicho sistema de mercado. Esta calificación de la libre competencia como derecho colectivo es confirmada por el artículo 84 de la Constitución Política, y es la razón por la cual el Estado, como protector del interés público, asume su protección.

Esta protección es llevada a cabo a través de diversas agencias estatales, las cuales cumplen funciones de tipo sancionatorio, orientadas a reprimir conductas anticompetitivas. La Superintendencia de Industria y Comercio (“SIC”) es la autoridad encargada de aplicar las normas de libre competencia, siempre y cuando no exista otra autoridad que aplique tales normas a un sector específico (numeral 1, artículo 2, Decreto 2153/1992). Por otra parte, se encuentran la Superintendencia Financiera y la Comisión Nacional de Televisión, organismos que aplican las normas de libre competencia sobre las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

La SIC goza entonces de una competencia residual, pues es la autoridad de competencia de todos aquellos sectores en los cuales no exista una autoridad con funciones específicas en la materia. Sin embargo, existen propuestas para convertir a la SIC en la única autoridad de competencia, a fin de centralizar el ejercicio de la política nacional de competencia, unificar los criterios de aplicación de esta normatividad y evitar incertidumbre en la definición de la autoridad competente para conocer casos intersectoriales.

Las funciones administrativas desarrolladas por la SIC en defensa de la libre competencia se sustentan en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, es decir, los que se radican en cabeza de la comunidad como tal, puesto que todos los miembros de dicha comunidad son los titulares de los derechos protegidos, sin distinción específica de uno u otro miembro (Corte Constitucional, sentencia C-214/99).

La función administrativa es la encargada de proteger los derechos públicos y los intereses generales. En este orden de ideas, la actuación desarrollada por las autoridades administrativas para la aplicación del derecho a la libre competencia se encamina a la formación de un acto administrativo, por medio del cual se adopta una decisión orientada a satisfacer el interés general. En caso de encontrar que la conducta prohibida ha ocurrido, como podría ser un abuso de posición dominante o un acuerdo contrario a la libre competencia, la SIC puede imponer las sanciones definidas en la ley (multas en favor de la SIC) y ordenar al infractor cesar o modificar su conducta (numerales 10 al 16, Decreto 2153 de 1992).

Según el Decreto 2153 de 1992, artículo 2, numeral 1, corresponde a la SIC *“atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre 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”*.

De acuerdo con esta norma, existen dos criterios que guían las actuaciones de la SIC en aplicación del derecho de la competencia. El primero de ellos es el criterio de relevancia o materialidad de la conducta, según el cual, la SIC no investiga aquellas infracciones que no posean una magnitud suficiente para lesionar el correcto funcionamiento del mercado. Este criterio actúa como regla de exclusión que permite sustraer infracciones menores de la ley de competencia, de las facultades de investigación y sanción de la SIC.

El segundo es el catálogo de finalidades perseguidas por la actuación administrativa de la SIC, que constituyen los objetivos que guían la política nacional de competencia, y hacia los cuales se deben dirigir las actuaciones de

la SIC. Adicionalmente, estos criterios permiten definir la gravedad de las infracciones detectadas, la cuantificación de la sanción imponible, y evaluar la gestión de la SIC.

Estas actuaciones administrativas desarrolladas para proteger la libre competencia pueden ser iniciadas de oficio por la propia Administración. Igualmente, cualquier particular puede solicitar a la Administración que cumpla su función de proteger el interés general frente a un asunto determinado. Sin embargo, esta petición es tan solo una forma de cooperación del particular con la Administración, a través de la cual le da a conocer una posible infracción a las normas de competencia, que debería haber sido investigada por la SIC de oficio en caso de que la hubiera detectado previamente (artículo 28, Código Contencioso Administrativo).

De lo anterior es importante concluir que cuando un particular denuncia ante la SIC una conducta anticompetitiva, no está defendiendo su interés particular y concreto, sino que está colaborando en la defensa del interés público (artículos 4 y 5, Código Contencioso Administrativo).

De acuerdo con los términos utilizados por el Código Contencioso Administrativo Colombiano, la denuncia de conductas anticompetitivas ante la autoridad de competencia constituye una petición en interés general. Cualquier particular puede denunciar estas conductas, ya que no requieren una legitimación específica. Así mismo, puede presentar información sobre su ocurrencia y modalidad, la cual puede ser valorada por la SIC al momento de proferir la decisión definitiva. Todas estas conductas deben entenderse como una forma de cooperación de los particulares con la Administración, y no significan litigar en causa propia (artículos 35 y 39, Código Contencioso Administrativo).

Una vez iniciada la actuación administrativa de defensa de la competencia, surge una relación bilateral entre la Administración y el presunto infractor investigado. En los términos del Código Contencioso Administrativo, dicho presunto infractor es el sujeto interesado en la actuación, pues es quien puede ser destinatario de los efectos jurídicos de la misma, a saber, ser multado y recibir la orden de modificación o cesación de la conducta.

Por lo mismo, el particular que denuncia ante la autoridad respectiva una conducta anticompetitiva no es el sujeto interesado en la investigación que se inicie con base en la misma, toda vez que dicha posición corresponde al presunto infractor. El derecho de petición en interés general del denunciante se verá satisfecho una vez la autoridad inicie las actuaciones que, de acuerdo con la ley, deban seguirse en contra de las prácticas anticompetitivas.

En caso de que dicho tercero acredite ante la SIC un interés directo y relevante en la decisión de la conducta investigada, la SIC puede reconocerle su calidad de tercero interesado, de forma tal que podrá solicitar pruebas y presentar alegatos. No obstante, este sujeto sería aún considerado como un tercero, sin formar parte de la relación bilateral surgida entre la Administración y el investigado (artículo 14, Código Contencioso Administrativo).

Todo lo expresado pone de presente un hecho importante. Las funciones administrativas de la SIC buscan proteger el derecho colectivo de la libre competencia, en beneficio del interés público. De forma eventual, la decisión de la SIC que ordene cesar o modificar la conducta anticompetitiva respectiva puede llegar a beneficiar a aquellos particulares que fueron lesionados por la misma. Por esto, el denunciante no es parte de la actuación administrativa y como máximo, podría ser considerado como un tercero interesado en caso de acreditarlo.

Siendo esto así, surge la cuestión de determinar los mecanismos a través de los cuáles un particular puede defenderse de una práctica anticompetitiva asumiendo la calidad y prerrogativas de parte. Estos mecanismos son descritos a continuación.

## **2. LAS ACCIONES POPULARES**

Las acciones populares se encuentran reguladas en la Ley 472 de 1998, y constituyen el medio procesal a través del cual cualquier miembro de la comunidad puede solicitar al juez la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando se vean amenazados o lesionados por cualquier acción u omisión de los particulares o de las autoridades públicas.

El derecho de la competencia es definido por la Constitución Política como un derecho colectivo, y de forma concordante, la Ley 472 lo enlista como uno de los derechos que puede ser defendido a través de la acción popular (literal i, artículo 4). Lo anterior, puesto que el desempeño de los mercados bajo esquemas de libre

competencia, produce beneficios que se reparten entre todos sus partícipes, en términos de eficiencia y mejor asignación de los recursos escasos, lo cual en últimas se dirige al bienestar de la comunidad.

La acción popular puede tener carácter preventivo, cuando está encaminada a hacer cesar el peligro que amenaza el derecho colectivo, es decir, cuando el daño es aún una contingencia. Igualmente puede tener carácter correctivo, en aquellos casos en los cuales la vulneración del derecho colectivo ya ha ocurrido. En estos casos, la intervención del juez se orienta a poner fin a la misma. Además puede presentar carácter restitutorio, ya que de ser posible, el juez puede ordenar restituir las cosas a su estado anterior (artículo 2, Ley 472/1998).

El objeto de la acción popular es proteger un derecho colectivo que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos. Para ello, cualquier persona, ya sea natural o jurídica, puede asumir la defensa del derecho colectivo afectado, mediante la petición dirigida al juez de su protección. En esta manera, dicha persona se convierte en un actor popular defensor del interés público (artículo 12, Ley 472/1998).

Desde un punto de vista teórico, el ejercicio de la acción popular se centra en la defensa del interés público, de forma que excluye motivaciones subjetivas o particulares. Sin embargo, nada obsta para que un particular afectado por una práctica anticompetitiva promueva una acción popular, con miras a que la decisión adoptada por el juez proteja el interés público, y de contera dicho interés privado.

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha afirmado que *“las acciones populares presentan una estructura especial que la diferencia de los demás procesos litigiosos, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de los derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial en cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial.”* (Sentencia C-215/99)

La acción popular se dirige en contra de los particulares autores de la respectiva conducta anticompetitiva. Un avance de la normatividad sobre acciones populares es que exige al juez identificar a los autores de dichas prácticas, en caso de que sean desconocidos al iniciar la acción. Durante el curso del proceso se vincularán los demás autores de tales prácticas restrictivas que vayan siendo identificados. Estos mecanismos son útiles para superar la dificultad de identificar a los autores de prácticas restrictivas, quienes suelen encubrir su participación en las mismas (artículos 14 y 18, Ley 472/1998).

Dado el carácter preventivo de la acción popular, el juez puede desde le inicio del proceso adoptar medidas cautelares para suspender las conductas anticompetitivas que serán objeto de investigación. La ley permite al juez decidir la forma y contenido de las medidas que considere necesarias para prevenir el daño a la competencia o cesar el que se hubiere causado. Dentro de los ejemplos de las medidas provisionales que se pueden adoptar en este tipo de procesos, se mencionan la orden de cesar inmediatamente las prácticas restrictivas, así como la orden de ejecutar los actos omitidos, que sería útil en casos de negativa a contratar como abuso de posición dominante (artículo 25, Ley 472/1998).

Una vez iniciado el proceso, la ley prevé la posibilidad de que las partes convengan un Pacto de Cumplimiento en el cual se determine la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, de ser posible.

Este Pacto permite a las partes definir si existe o no la vulneración o amenaza del derecho colectivo, así como su extensión y modalidades, y adoptar las medidas correspondientes para hacerla cesar o evitarla. La posibilidad de discutir y celebrar este Pacto puede ser vista como un mecanismo parecido a la audiencia de conciliación que debe adelantarse en los demás procesos llevados ante los jueces, y busca reducir la duración del proceso mediante una solución negociada por las partes.

No obstante, en estricto sentido, el Pacto de Cumplimiento no reviste el carácter de conciliación ni de transacción, ya que el actor popular no es titular del derecho colectivo vulnerado o amenazado, razón por la cual no puede disponerlo. Por tal motivo, la ley exige la intervención del Ministerio Público y de la SIC durante la celebración del acuerdo, el cual, además, será objeto de una revisión de legalidad por parte del juez (artículo 27, Ley 472/1998).

En caso de que no sea celebrado el Pacto de Cumplimiento, la acción popular continuará tramitándose con la práctica de las pruebas. La sentencia que resuelva el proceso contendrá una orden de hacer o de no hacer, según

la modalidad de práctica anticompetitiva que se haya analizado durante el trámite de la acción, y definirá de manera precisa la conducta a cumplir por parte de los autores. Dado que este procedimiento judicial no tiene una finalidad punitiva, no se ha previsto que el juez pueda imponer sanciones económicas a los responsables de las prácticas anticompetitivas (artículo 2, Ley 472/1998).

Durante este procedimiento, la SIC esta llamada a jugar un activo papel, pues su intervención como autoridad de competencia es obligatoria durante la discusión del Pacto de Cumplimiento. Si el actor popular no puede practicar las pruebas técnicas que sean necesarias, el juez puede solicitar a la SIC que lo haga. Además, en la sentencia se puede ordenar a la SIC vigilar el cumplimiento de las órdenes proferidas en contra de los responsables de las prácticas restrictivas de la competencia investigadas en el proceso.

El uso de acciones populares como mecanismo de protección en contra de prácticas anticompetitivas presenta varias ventajas. La acción es de trámite preferente, por lo que su duración puede llegar a ser reducida en comparación con otros procesos judiciales. El Pacto de Cumplimiento puede ser un instrumento de rápida resolución de conflictos, que ahorraría tiempo a las partes y a los jueces.

A diferencia de la SIC, el juez debe proferir una sentencia en todos los casos que le sean presentados, sin poder rechazar aquellos que considere no ser significativos. Además, la decisión del juez tiene efecto de cosa juzgada entre las partes y ante terceros, por lo cual el fallo que declare la existencia de una práctica anticompetitiva puede ser la base para una posterior demanda de indemnización por daños y perjuicios causados por la misma.

Las funciones administrativas de la SIC y las acciones populares, ambas en defensa de la libre competencia, presentan un elemento común, consistente en que ambas se orientan a proteger el interés público en la libre competencia. A continuación se analizarán otras alternativas, en las cuales se defienden los intereses privados que resultan afectados por prácticas anticompetitivas.

### **3. CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS**

El artículo 19 de la Ley 155/59 y el artículo 46 del Decreto 2153/92 prohíben las prácticas y acuerdos anticompetitivos, los cuales son declarados nulos por ilicitud de su objeto. Esta causal de nulidad encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger el derecho colectivo a la libre competencia, el cual beneficia a todos los miembros de la comunidad y no puede ser restringido por los particulares, quienes carecen de capacidad de disposición sobre el mismo.

De acuerdo con la teoría de las nulidades de los negocios jurídicos, las causales de nulidad deben ser señaladas en la ley y son de aplicación taxativa. Pues bien, las normas citadas se constituyen en la fuente legal de la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, imponiendo sobre los particulares el mandato de abstenerse de celebrar este tipo de pactos.

La nulidad que afecta los acuerdos anticompetitivos es de carácter absoluto, ya que proviene de objeto ilícito, por lo que estos acuerdos no pueden ser ratificados por las partes. Esto implica que la ejecución voluntaria de las obligaciones pactadas en acuerdos restrictivos de la competencia, no constituye ratificación alguna que elimine el vicio de nulidad que sobre ellos recae (artículos 1741 y 1753, Código Civil).

Esta nulidad puede ser parcial o total, dependiendo de la naturaleza de las cláusulas que se consideren anticompetitivas. En el evento de cláusulas accesorias que no definen los elementos esenciales del contrato, sino que establecen términos y condiciones adicionales sin los cuales el mismo puede subsistir, se tratará de una nulidad parcial. En este caso, y por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, la nulidad sólo afectará aquellas cláusulas accesorias, por lo que el resto del contrato conservará su validez. Por el contrario, si uno o varios de los elementos esenciales del contrato son anticompetitivos, la totalidad del acuerdo será inválido.

Cualquiera de las partes puede solicitar al juez declarar la nulidad del acuerdo anticompetitivo que haya celebrado, a fin de evitar que el mismo produzca efectos jurídicos. En la medida de que se trata de nulidad por objeto ilícito, el Ministerio Público también estaría legitimado para solicitar su declaratoria.

A su turno, el juez de oficio puede declarar la nulidad del acuerdo, así la misma no haya sido solicitada por las partes, si la naturaleza anticompetitiva del mismo resulta evidente en un proceso en el cual se debata la validez del contrato (artículo 1742, Código Civil).



La declaratoria de nulidad del contrato conlleva su rescisión, de forma tal que las partes deben proceder con las restituciones mutuas de lo que se haya dado en razón del contrato. Sin embargo, si las partes tenían conocimiento de la causal de nulidad que afectaba al acuerdo y a sabiendas lo celebraron, no podrán solicitar la devolución de lo que se hubiere dado, hasta la fecha de la declaratoria de nulidad (artículos 1525 y 1746, Código Civil).

La nulidad por objeto ilícito de los acuerdos anticompetitivos también puede ser alegada como excepción en favor del demandado. Supóngase un proceso declarativo en el que el demandante solicita que se establezca el incumplimiento contractual del demandado y se le condene al pago de una indemnización. Si dicho acuerdo es nulo por ser anticompetitivo, el demandado podrá alegar dicha nulidad como medio de defensa, puesto que siendo nulo dicho contrato, no estaba obligado a cumplirlo y no habría lugar a la indemnización por incumplimiento.

Cosa similar podría ocurrir en un proceso ejecutivo, en el cual la fuente de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, es un acuerdo restrictivo de la competencia. En tal evento, el deudor demandado podrá válidamente presentar ante el juez la excepción de nulidad de la obligación, evitando tener que pagarla.

#### **4. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS.**

Al hablar de responsabilidad civil se hace referencia a la obligación de indemnizar el daño causado a terceros. Es decir, se alude al deber jurídico del causante del daño de reparar los perjuicios que haya ocasionado a la víctima. El daño es entonces la fuente de la obligación de indemnización. Sin embargo, el derecho no obliga a indemnizar todos los daños causados a terceros, sino tan sólo aquellos que sean antijurídicos.

La antijuridicidad del daño se puede definir analizando la conducta del causante del daño. De esta forma, si dicho causante obró de una forma contraria a derecho, se dirá que el daño causado es antijurídico y debe ser indemnizado. Este régimen se denomina de responsabilidad subjetiva, por cuanto se estudia la conducta del sujeto responsable del daño.

Por otro lado, el estudio de la antijuridicidad del daño puede desplazarse desde la conducta del causante hasta el patrimonio de la víctima. En este escenario, la determinación de la antijuridicidad ya no se hace definiendo la licitud o ilicitud del comportamiento del causante, sino analizando el patrimonio mismo que ha sufrido el daño, para determinar si debe o no soportarlo. Este régimen de responsabilidad se centra en el objeto mismo de la responsabilidad, es decir, el daño, por lo que se denomina responsabilidad objetiva.

Volviendo al campo de la responsabilidad subjetiva, se puede afirmar que existen cuatro situaciones en las cuales la conducta del causante del daño es antijurídica: (i) por infracción de una prohibición o mandato legal; (ii) por incumplimiento de una obligación contractual; (iii) por conductas dañinas no intencionales pero descuidadas, es decir, culposas; y (iv) por conductas con intención de dañar, es decir, dolosas.

En los anteriores eventos de responsabilidad subjetiva, la obligación de indemnizar surge como una reacción frente a una conducta contraria a derecho, ya sea que éste corresponda a normas legales o contractuales, o al deber de prudencia y diligencia, o a la prohibición de causar daño. En todos estos eventos, existe una valoración de la conducta del causante del daño.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que los daños causados a terceros por la comisión de prácticas comerciales restrictivas hacen parte del régimen de la responsabilidad subjetiva. La violación de la prohibición legal de incurrir en prácticas anticompetitivas es un hecho ilícito, el cual satisface la primera de las formas de actuación contraria a derecho.

Ahora bien, la sola infracción de las prohibiciones de prácticas restrictivas de la competencia contenidas en el artículo 19 de la Ley 155/59 y el artículo 46 del Decreto 2153/92 constituye por sí misma, una causal de ilicitud de la conducta del causante del daño, la cual imprime la nota de antijuridicidad a los daños inflingidos a terceros y genera la obligación de indemnizarlos (artículo 2341, Código Civil).

Por lo anterior, una vez comprobada la ocurrencia de las prácticas anticompetitivas, se tendrá por satisfecha la causal de antijuridicidad, de forma tal que no se hace necesario acudir a otras causales de ilicitud de la conducta, como sería probar la culpa o negligencia del infractor. Esto significa que si bien la responsabilidad civil por daños derivados es de carácter subjetivo, la misma no requiere la prueba de la culpa del infractor.

En el párrafo anterior se ha afirmado que la antijuridicidad de los daños causados por prácticas anticompetitivas requiere demostrar su ocurrencia, pues al hacerlo, se comprueba la violación de las normas legales que los prohíben. En el sistema legal colombiano, cualquier juez puede comprobar y declarar la ocurrencia de una práctica anticompetitiva, ya que la SIC no goza de exclusividad para investigarlas ni para declarar su ocurrencia.

Lo anterior ha sido confirmado por la justicia arbitral, al poner de presente que las normas que prohíben las prácticas comerciales restrictivas hacen parte del derecho positivo nacional, de aplicación imperativa, y por ende, aplicables por los jueces (Laudo Arbitral proferido en el caso Cellpoint vs Comcel, 2002). En consecuencia, tanto los jueces ordinarios como los tribunales de arbitramento pueden conocer y declarar la ocurrencia de tales conductas. Esta declaración puede corresponder a la pretensión principal solicitada por el demandante, como podría ser el caso analizado antes, en el cual se solicita la declaratoria de nulidad del acuerdo anticompetitivo.

También puede ser parte del análisis que deba desarrollar el juez, a fin de declarar la responsabilidad civil del infractor de las normas de competencia. En este caso, el juez deberá constatar la ocurrencia de la conducta anticompetitiva y señalar a sus autores como primer eslabón dentro del proceso complejo de declaratoria de responsabilidad y condena a indemnizar los perjuicios causados.

Lo dicho significa que para iniciar un proceso de responsabilidad civil por conductas anticompetitivas no se hace necesario contar con una previa decisión de la SIC en la cual se declare su existencia, sino que el mismo juez encargado del proceso puede investigar su ocurrencia, y en caso de comprobarla, proceder a condenar a los responsables al pago de la indemnización.

No obstante, si la SIC ya se ha pronunciado sobre la ocurrencia de hechos materia de un proceso judicial, la decisión adoptada puede ser apreciada por el juez del caso, teniendo en cuenta, por un lado, que la SIC es la autoridad nacional de competencia y posee de experiencia y conocimiento de la materia, pero por otro, que se encuentra limitada por un catálogo de objetivos que guían su aplicación de tales normas.

Puede suceder que con anterioridad al proceso de declaración de responsabilidad por daños anticompetitivos ya exista una sentencia judicial que se manifieste en relación con la ocurrencia de los hechos respectivos. El juez deberá acatar lo resuelto en aquella sentencia, si la misma tiene fuerza de cosa juzgada en el nuevo proceso, es decir, si existe identidad de objeto, causa y partes. En este respecto, vale la pena recordar que las sentencias proferidas en acciones populares tienen fuerza de cosa juzgada ante terceros, de forma que cualquiera pueda basarse en una declaración sobre la ocurrencia de prácticas restrictivas contenida en tal tipo de sentencia, a fin de proseguir el proceso de responsabilidad.

Las prácticas anticompetitivas puedan afectar a un número plural de partícipes del mercado. Por tal motivo, la obtención de la indemnización correspondiente, puede ser lograda a través de procesos individuales iniciados por cada lesionado, o a través de acciones de grupo adelantados por un número plural de aquellos.

En el primer supuesto, cada individuo que haya resultado afectado por una determinada práctica anticompetitiva, puede iniciar un proceso a fin de que sea declarada la responsabilidad de los autores de las prácticas anticompetitivas por los daños causados. En este tipo de situaciones, en las cuales un mismo autor o grupo de autores de prácticas restrictivas de la competencia afrontan diversas demandas por daños, pueden aplicarse las disposiciones sobre prueba trasladada. Así, las pruebas practicadas en uno de estos procesos, que tengan un especial mérito técnico o probatorio, pueden ser transferidas a otro proceso, siempre que en el proceso de origen se hayan practicado a petición de la parte en contra de quien se aducen o con su audiencia (artículo 185, Código de Procedimiento Civil).

A su turno, las acciones de grupo son definidas por la Ley 472 de 1998 como “*aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad.*” (artículos 2, 46, Ley 472/1998).

La acción de grupo es una acción de objeto reglado y específico, ya que se puede ejercer sólo para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios padecidos por un grupo plural afectado por una misma causa dañina, en este caso, la práctica restrictiva de la competencia, el cual deberá estar integrado al menos por veinte personas.

Las acciones de grupo que pretenden obtener la indemnización por vulneración de derecho colectivos, como es la libre competencia, benefician tanto a los perjudicados que participan en el proceso como a quienes se hagan parte del mismo. Para ello, la sentencia fijará los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso, y la suma a la cual tengan derecho, la que será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, administrado por el Defensor del Pueblo (artículos 55 y 65, Ley 472/1998).

La indemnización que se otorgue deber seguir las reglas generales de indemnización integral, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante padecido por la víctima, en cuanto sean probados en el proceso, pero sin exceder de tal nivel, pues la indemnización no constituye una fuente de enriquecimiento para la víctima, sino tan solo de restablecimiento a la situación que tendría sin la ocurrencia de la práctica restrictiva de la competencia respectiva (artículo 1613, Código Civil).

Tanto en procesos individuales de responsabilidad como en acciones de grupo, corresponde al juez decretar la indemnización correspondiente, una vez sea probada la existencia de la práctica restrictiva en cuestión, el daño sufrido por los perjudicados y el vínculo de causalidad entre ambos elementos.

Si bien es posible que la indemnización producida por el juez corresponda a una obligación de hacer o de no hacer a cargo del responsable que repare el daño sufrido, la forma tradicional de indemnización corresponde al pago de una suma de dinero. El juez debe producir una condena en concreto, por lo que si en el momento de fallar existen dudas sobre la cuantía de la condena, (más no sobre la existencia del daño y la responsabilidad del demandado) podrá decretar pruebas de oficio para establecerla (artículo 307, Código de Procedimiento Civil).

#### CONCLUSIONES

La definición de la libre competencia como un derecho colectivo de rango constitucional implica la existencia de una prohibición legal de incurrir en prácticas comerciales restrictivas. Por ser un derecho colectivo que se encuentra radicado en la sociedad, la libre competencia es objeto de protección directa por parte del Estado, mediante actuaciones administrativas dirigidas a la investigación y sanción de conductas anticompetitivas, y la objeción de aquellas operaciones de integración y concentración empresarial que restrinjan de forma indebida la competencia en el mercado.

Esta finalidad de protección del interés público es también desarrollada a través de las acciones populares instauradas con el fin de proteger la libre competencia. En esta acción, cualquier persona, sea o no afectada por prácticas comerciales restrictivas, puede solicitar al juez decretar medidas preventivas, correctivas o restitutorias, según corresponda, para defender la libre competencia.

En estos procesos corresponde al juez dirigir y dar impulso a las actuaciones y adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes, incluso de oficio. Estas prerrogativas del juez recuerdan el hecho de que en principio, el Estado es responsable por la protección de los intereses colectivos. De este modo, las actuaciones de la SIC y del juez de la acción popular coinciden en la protección del interés público y en el ejercicio de una activa labor para defender la libre competencia.

Igualmente existe un interés público en la defensa de la legalidad de los acuerdos celebrados por los particulares, razón por la cual las partes y el Ministerio Público pueden solicitar la declaratoria de nulidad absoluta de acuerdos anticompetitivos, y el juez puede declararla de oficio en caso de que sea evidente.

Pero la libre competencia no solo tiene dicha faceta de interés colectivo, puesto que también los derechos de los particulares pueden resultar lesionados por su vulneración y requerir protección. La defensa de la legalidad de los acuerdos celebrados también puede reportar un beneficio privado, en la medida en que permite a cualquiera de las partes impedir que dicho acuerdo sea fuente de obligaciones, liberándola de su cumplimiento.

Otra forma de protección jurídica de los intereses privados afectados por las prácticas restrictivas, es la búsqueda de la indemnización de los patrimonios que resulten lesionados por éstas. Tanto las acciones individuales como las acciones de grupo constituyen mecanismos idóneos para este fin, requiriendo la prueba de la ocurrencia de la práctica anticompetitiva, lo cual supone probar la ilegalidad de la conducta del responsable. En este sentido, la responsabilidad por daños por prácticas anticompetitivas es de carácter subjetivo, basada en la ilegalidad de la conducta del causante del daño.

Dentro de la indemnización de daños causados por prácticas restrictivas de la competencia, se pueden aprovechar los actuales debates que sobre el tema se están adelantando en el derecho de la competencia de la

Comunidad Europea. También se podrían obtener lecciones del derecho antitrust estadounidense, el cual tiene una larga experiencia al respecto. No obstante, deben tenerse en cuenta las diferencias entre ambos ordenamientos jurídicos, y en particular, el hecho de que la posibilidad de que una corte estadounidense otorgue al demandante el triple valor de los daños sufridos no tiene cabida en las leyes colombianas, pues según éstas, la indemnización debe ser integral y corresponder sólo al daño causado y probado, sin constituirse en una fuente de enriquecimiento para la víctima.

Por último, el ejercicio de las diversas acciones judiciales presentadas en este documento puede ayudar a incrementar la conciencia sobre la existencia e importancia de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, y a extender la protección de la libre competencia en el mercado.

## ¿UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PARA LA REPÚBLICA DE ECUADOR?

Por: **Francisco Marcos**<sup>1</sup>

Email: [francisco.marcos@ie.edu](mailto:francisco.marcos@ie.edu)

### 1. Introducción.

Entre los pocos países latinoamericanos sin una legislación nacional o una política de competencia propia se encuentra la República de Ecuador. Aunque últimamente ha habido esfuerzos muy intensos dirigidos a dotar a la Comunidad Andina (en adelante, CAN) y a sus países miembros de leyes y políticas de competencia efectivas, los frutos de esa actividad en la República del Ecuador son bastante pobres. Este artículo examina esos esfuerzos, intenta explicar las causas de la dificultad de implantar una política de competencia en Ecuador, las razones porque esos esfuerzos deben continuar y las líneas generales que debería poseer una iniciativa legislativa dirigida a dotar a Ecuador de una política de competencia plausible en el contexto internacional actual y que tuviera posibilidades de éxito en el panorama político ecuatoriano actual.

### 2. La nueva política de competencia en la CAN y sus efectos en la República de Ecuador.

Una reflexión sobre la política de competencia en cualquiera de los países que forman la CAN exige necesariamente referirse a las normas comunitarias andinas en materia de defensa de la Competencia. Como es sabido, el artículo 105 (antes 93) del Acuerdo de Cartagena encargan a la Comisión de la CAN que adopte normas que confieran poderes a la Secretaría General prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la CAN<sup>2</sup>. Las normas que la Comisión adoptó inicialmente han tenido, hasta hace poco tiempo, una eficacia práctica cuestionable, al ser en muchos casos recomendaciones o normas meramente declarativas<sup>3</sup>.

La cuestión ha cambiado radicalmente en 2005, a raíz de la Decisión 608, adoptada el 29 de marzo de 2005, que establece las normas vigentes para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina<sup>4</sup>. Esta norma introduce la prohibición de los acuerdos y la colusión entre empresas que restrinjan la competencia y el abuso de posición dominante por las empresas, siempre que se trate de prácticas o conductas que afecten al comercio intracomunitario<sup>5</sup>. A diferencia del régimen anterior, se autoriza a la Secretaría General para imponer multas por la realización de las conductas prohibidas, con un importe que puede ascender al diez por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor en el año anterior a la comisión de la infracción<sup>6</sup>.

La Decisión 608 limita su aplicación a las conductas restrictivas de la competencia que afecten a la actividad empresarial interestatal en la CAN. Solamente se aplicará a aquellas prácticas que sean realizadas en el territorio de uno o más de los países miembros y que produzcan efectos en uno o más países miembros, o aquellas realizadas en el territorio de un país no miembro de la CAN y cuyos efectos se produzcan en uno o más países miembros. Están excluidas del ámbito de aplicación de la Decisión 608 las prácticas con origen y efectos en un único Estado miembro (art. 5).

Además, el nuevo régimen *antitrust* de la CAN contempla la posibilidad de que aquellos países miembros que carezcan de legislación de defensa de la competencia puedan aplicar las prohibiciones de la Decisión 608 a conductas restrictivas de la competencia de relevancia en el ámbito estrictamente estatal. Esta previsión tiene relevancia exclusivamente para Bolivia y Ecuador, que son los únicos Estados miembros sin legislación de defensa de competencia<sup>7</sup>. Naturalmente, para que esto ocurra se requiere la adopción de normas nacionales de

<sup>1</sup> Profesor del Área Jurídica. Director del Observatorio de Política de Competencia. Instituto de Empresa (Madrid). Consultor de ECONLAW. El autor colaboró con el Ministerio de Comercio Exterior, Industria y Pesca del Ecuador como experto del Proyecto de Competencia que la UE desarrolló en la Comunidad Andina. Las opiniones expresadas en este escrito son personales y no representan a ninguna de las instituciones indicadas.

<sup>2</sup> La Decisión 406 de la CAN codifica el Acuerdo de Cartagena (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 273, de 4 de julio de 1997, págs. 1-33).

<sup>3</sup> Una revisión de ese régimen, su evolución desde la decisión 45, adoptada el 18 de diciembre de 1971, pasando por la decisión 230, adoptada el 11 de diciembre de 1987 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 26, de 18 de diciembre de 1987) hasta llegar a la Decisión 285, adoptada el 21 de marzo de 1991 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 80, de 4 de abril de 1991, págs. 14-17) y su aplicación puede consultarse en Jorge CASTRO BERNIERI, "La regulación de la competencia en la Comunidad Andina", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia* 207 (mayo/junio 2000) págs. 49-67 y Bruno CIUFFETELLI, "Venezuela: role of antitrust law in Latin American integration", *International Business Lawyer* 26/11 (1998) págs. 522-523 y 525.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 1180, de 4 de abril de 2005, págs. 1-9.

<sup>5</sup> Las prohibiciones materiales se contienen en los artículos 7,8 y 9. Una descripción en Ramón GARCIA GALLARDO y M<sup>a</sup> Dolores DOMÍNGUEZ, "La reforma de la norma de competencia en la Comunidad Andina", *Boletín Latinoamericano de Competencia* 20 (junio 2005) 44-53.

<sup>6</sup> Artículo 34 de la Decisión 608.

<sup>7</sup> Artículo 49 de la Decisión 608 (para Bolivia). En cuanto a Ecuador, la corrección del extraño régimen transitorio previsto en el artículo 51 de la Decisión 608, y la facultad de aplicarla mientras no exista derecho interno de defensa de la competencia, se contienen en la Decisión 616, entrada en vigencia de la decisión 608 para la República de Ecuador, de 15 de julio de 2005 (Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena n° 1221, de 25 de julio de 2005, pág. 3).

procedimiento y que encarguen la administración y aplicación de la Decisión 608 a determinados órganos nacionales.

De hecho, y en lo que a Ecuador atañe, el Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) adoptó una resolución el 13 de octubre de 2005 que reconoce expresamente la posibilidad de aplicar la Decisión 608 al sector de las telecomunicaciones y encarga la redacción de un reglamento que prevea los procedimientos y órganos encargados de su aplicación<sup>8</sup>. A través de esta iniciativa, no exenta de problemas y dificultades, se abre la posibilidad de una regulación de la defensa de la competencia en Ecuador desde el ángulo sectorial. Sirva sólo apuntar que el CONATEL y la Superintendencia de Telecomunicaciones son organismos reguladores de un sector con una problemática específica (monopolios naturales, bienes públicos, etc.) y con unas funciones propias cuyo cumplimiento puede entrar en conflicto con la satisfacción de los objetivos de la normativa de defensa de la competencia que también tendrá que aplicar.

### 3. La dificultad de adoptar una política de competencia en Ecuador.

En los últimos diez años las iniciativas dirigidas a dotar a Ecuador de una legislación y una política de competencia se han multiplicado. La actividad prelegislativa, y el número de proyectos de ley se disparó hasta el punto de existir iniciativas paralelas simultáneas patrocinadas por distintos actores en el panorama político ecuatoriano. El proyecto de ley que más cerca ha estado de entrar en vigor fue el aprobado por el Congreso nacional en 2002<sup>9</sup>, que fue finalmente vetado por el presidente de la República en noviembre de 2002. Recientemente se ha elaborado otro proyecto, que se encuentra en poder de la Presidencia del Gobierno, pero – al parecer – esta iniciativa se encuentra paralizada.

Aunque la legislación de defensa de competencia es una exigencia de la vigente Constitución de la República de Ecuador de 10 de agosto de 1998<sup>10</sup>, todas las iniciativas y proyectos presentados hasta la fecha han fracasado.

Las causas del fracaso tienen que ver con la reticencia del sector empresarial ecuatoriano y de la clase política de Ecuador a la adopción de una legislación de defensa de competencia y una política de competencia. No sin razón, los empresarios piensan que la legislación de defensa de la competencia constituye un conjunto de reglas que confieren poderes muy relevantes a las autoridades públicas de intervenir en las actividades empresariales y que puede dar lugar a una discrecionalidad que las empresas no quieren padecer. Como es sabido, la corrupción es un mal muy extendido en las instituciones ecuatorianas y se puede entender los recelos que para las empresas suscita la instauración de una nueva política pública y todo lo que lleva consigo<sup>11</sup>.

Pero el rechazo empresarial y su acogida por la clase política ecuatoriana era predecible<sup>12</sup>. En principio las empresas piensan que el *status quo* les beneficia y no desean un cambio en las reglas del juego<sup>13</sup>. El planteamiento, no obstante, es equivocado. A la larga, la ausencia de competencia puede perjudicarles, y la existencia y el funcionamiento de un mercado competitivo redundará en mayores beneficios tanto para ellos como para la sociedad en general<sup>14</sup>. Falta, en los mercados ecuatorianos, una conciencia de las virtudes y beneficios que genera la libre competencia. La libre competencia entre las empresas beneficia un mejor funcionamiento del mercado y a los consumidores, pero es especialmente positiva para las empresas mismas. Como luego veremos, las empresas ecuatorianas serían las principales beneficiadas por la introducción de unas reglas claras que proscirieran y sancionaran las conductas anticompetitivas, pues ello redundaría en su mayor eficiencia desde distintas perspectivas.

Naturalmente, las circunstancias sociales y económicas de Ecuador permiten entender la falta de una cultura de libre competencia en el mercado. En efecto, aunque la Constitución ecuatoriana confía expresamente en el mercado como principal mecanismo para asignación y distribución de recursos, esta declaración teórica se sostiene con dificultad en la práctica cuando bastante más de la mitad de la población vive por debajo de los

<sup>8</sup> Resolución n° 416/15 CONATEL 2005 (Registro Oficial n° 142, jueves 10 de noviembre de 2005, pág. 15-16)

<sup>9</sup> Carola CHAMORRO, “El proceso ecuatoriano del proyecto de ley de competencia”, Boletín Latinoamericano de Competencia 15/2 (octubre 2002) páginas 121 y siguientes incluye anejo el proyecto de ley.

<sup>10</sup> Directamente el art. 244. “*Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá: [...] 3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan o distorsionen.*”

<sup>11</sup> De acuerdo con el *Corruption Perceptions Index 2004* (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2004*, Berlín 2004), Ecuador se sitúa en la posición 112 de un total de 145 países, con un nivel de confianza de 2,4 sobre 10.

<sup>12</sup> Véase Hernando DE SOTO, *The Mystery of Capital. Why capitalism Triumphs in the West and Falls Everywhere Else*, Basic Books, Nueva York 2000, pág. 188 (“*But a tiny, powerful minority will intuit that the reform is bound to perturb their little niches, and they will resist silently and insidiously.*”)

<sup>13</sup> Michal GAL, “The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries”, *New York University Law and Economics Working Papers* 10 (2004), pág. 7 (“*altering the rules of the game may change the existing economic equilibrium by impairing the economic status of some market participants that were secluded from competition by governmental-made or private barriers*”).

<sup>14</sup> Véase DE SOTO, *The Mystery of Capital*, pág. 191 (“*The elites must support reform not out of patriotism or altruism but because it will also enlarge their pocketbooks*”).

umbrales de pobreza<sup>15</sup>. Algo falla en los postulados esenciales del sistema capitalista ecuatoriano si más de la mitad del país no tiene una posibilidad real de acceso al mercado como instrumento para satisfacer sus necesidades. La objeción tiene peso y, desde luego, pone de relieve la conveniencia de adoptar políticas públicas de carácter social, que intenten paliar la pobreza. Sin embargo, no es un argumento suficiente para excluir la política de competencia de la agenda de los poderes públicos.

En efecto, que existan problemas económicos y sociales básicos más acuciantes no debe excluir la necesidad de instaurar una política de competencia en Ecuador. Aunque sólo parte de la población tenga acceso a los mercados es evidente que si los mercados funcionan mal será aun menor el porcentaje de la población que los utilice. En cierto modo, las restricciones y conductas anticompetitivas en los mercados empeoran las condiciones de pobreza de la población, al limitar su acceso a los productos o servicios, bien porque sean caros, bien porque sean escasos, dificultándose la innovación en las prestaciones empresariales. Dicho en otras palabras, la política de competencia puede contribuir a paliar la pobreza de la población<sup>16</sup>.

La inseguridad e inestabilidad jurídica y la corrupción constituyen otros problemas que dificultan la adopción de una legislación de política de competencia y el establecimiento de una política de competencia en Ecuador. El Estado de derecho ecuatoriano se encuentra “ahogado” por los excesos legislativos y reglamentarios, y se mira con recelo cualquier medida que pueda conllevar un incremento en la carga normativa que se impone a las empresas<sup>17</sup>. En un país, en el que la corrupción política y administrativa constituye una realidad preocupante, cualquier iniciativa legislativa dirigida a crear una nueva agencia pública encargada de controlar y, eventualmente, sancionar las conductas empresariales, es vista como un riesgo de extorsión intolerable.

Desde la perspectiva empresarial existe además otra razón de peso que explica el rechazo a la instauración de una política de competencia tiene que ver con el tamaño del mercado ecuatoriano y con la estructura del tejido empresarial. Ecuador es un mercado pequeño y en muchos sectores el grado de concentración empresarial es muy elevado. Se trata de circunstancias, todas ellas, que –como veremos– han de condicionar fuertemente el diseño de la política de competencia y que quizás no fueron tenidas en cuenta en la redacción de los proyectos de ley hasta la fecha. Las reglas que se adopten deben adecuarse a la realidad económica del Ecuador, sin que puedan trasplantarse literalmente las soluciones adoptadas en otros países, en otros mercados, en otras realidades. Fácilmente, reglas y soluciones que son aptas en otros Estados y en otros mercados no serán plausibles en Ecuador. En efecto, la concentración empresarial será necesaria en muchos sectores y, por eso, carece de sentido una ley que proclame el propósito de acabar con esa concentración. Serán posibles reglas e intervenciones normativas que eviten las consecuencias perjudiciales para la libre competencia, para el mercado y para los consumidores derivados de conductas abusivas en mercados concentrados, pero la concentración en sí no es en todo caso un mal intolerable, que deba ser combatido a través de la ley de defensa de la competencia.

#### **4. Razones por las que Ecuador debe adoptar una legislación de competencia.**

La necesidad de que la República de Ecuador adopte una legislación y una política de competencia se fundamentan en diversas razones, tanto de índole jurídico como de carácter económico.

En efecto, junto a las exigencias constitucionales, son varios los instrumentos internacionales por cuya virtud el Ecuador debe adoptar una legislación contra las restricciones a la libre competencia en sus mercados<sup>18</sup>.

Al margen de las exigencias jurídicas, las razones por la que Ecuador debe dotarse de una legislación y política de competencia son esencialmente económicas<sup>19</sup>. Así, la ausencia de política de competencia disuade la

<sup>15</sup> Entre 1990 y 2001 la pobreza aumento del 40 al 45% de la población, véanse WORLD BANK (Poverty Reduction and Economic Management Sector Unit, Latin America and the Caribbean Region), *Ecuador Poverty Assessment*, Report No. 27061-EC, April 2004 y BANCO MUNDIAL, *La pobreza en el Ecuador. Evaluación y Agenda de Políticas*, Washington D.C., 2004.

<sup>16</sup> Véase CENTER FOR COMPETITION, INVESTMENT & ECONOMIC REGULATION (CUTS), *Competition Policy & Pro-poor Development– A report of the Symposium on Competition Policy & Pro-poor development*, Jaipur 2003. No falta quien incluso sugiere que la política de competencia y la aplicación de la ley deba atacar aquellas prácticas relativas a los productos o servicios que son más consumidos por los pobres [véase Bruce M. OWEN, “Competition Policy in Latin America”, *Working Paper n° 268*, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, oct. 2003, pág. 10 (disponible en [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), consultado el 31.01.06)].

<sup>17</sup> En general, DE SOTO, *The Mystery of Capital*, págs. 151, 171-174 y 181-1987. La Fundación ecuatoriana Hacia la Seguridad-Imperio de la Ley, La Fundación Nexis y USAID, realizaron el PROYECTO HACIA LA SEGURIDAD (Componente *Legal Trash*), que estimaba que de las más de 60.000 normas (primarias y secundarias) vigentes en el Ecuador casi 13.000 eran obsoletas y debían ser derogadas formalmente (véase *Informe Final*, Quito- Agosto 2004, disponible en [www.lexis.org.ec/pdfs/informe%20final.pdf](http://www.lexis.org.ec/pdfs/informe%20final.pdf), consultado el 31.01.06).

<sup>18</sup> Al margen de los compromisos ambiguos adquiridos en el seno de la OMC, de la que Ecuador es parte desde 1996, los países miembros del Área de Libre comercio de las Américas (ALCA) se comprometieron a adoptar normas contra las prácticas anticompetitivas de las empresas que pudieran menoscabar los esfuerzos de liberalización comercial [véase Luis TINEO, “Políticas de Libre Competencia en la construcción del área de libre comercio de las Américas”, *Boletín Latinoamericano de la Competencia* 3A (marzo 1998) págs. 58-64]. Otro tanto se deriva del Acuerdo de complementación económica firmado por los Estados miembros de la CAN y los Estados parte de Mercosur (2004).

<sup>19</sup> Ampliamente, UNCTAD, *Empirical evidence of the benefits from applying competition law and policy principles to economic development in order to attain greater efficiency in international trade and development*, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, Ginebra y Philippe AGHION y Rachel GRIFFITH, *Competition and Growth. Reconciling Theory and Evidence*, MIT, Cambridge (Mass.)-Londres 2005.

inversión exterior. Las empresas extranjeras ven con recelo el acceso y la actividad en los mercados ecuatorianos, proclives a la colusión, a la integración vertical y a las prácticas abusivas<sup>20</sup>.

Independientemente del efecto negativo sobre la inversión exterior, que convierte a Ecuador en el país que menos inversión recibe de la CAN (incluso menos que Bolivia, concentrándose casi toda la inversión en el sector petrolero<sup>21</sup>), la falta de una política de competencia tiene efectos negativos en la rentabilidad y eficiencia de las empresas ecuatorianas, en la competencia e innovación empresarial y en la iniciativa empresarial<sup>22</sup>. La ausencia de normas contra las prácticas anticompetitivas produce efectos negativos en la intensidad de la competencia empresarial<sup>23</sup> y en la eficiencia de las empresas<sup>24</sup>. Los resultados empresariales mejorarían si existiese una mayor competencia y no hubiera ayudas públicas para las empresas en situación negativa<sup>25</sup>.

En efecto, aunque los estudios empíricos no abundan<sup>26</sup>, existen frecuentes referencias a la existencia de prácticas anticompetitivas en Ecuador. Aparentemente, el mercado ecuatoriano actual es terreno fértil para prácticas anticompetitivas. Algunos estudios existentes indican subidas de precios superiores a la inflación en aquellos sectores más concentrados<sup>27</sup>, lo cual puede indicar alguna suerte de prácticas anticompetitivas<sup>28</sup>.

Por ejemplo, en la distribución comercial minorista, es conocida la estructura oligopolística del mercado, con dos empresas que tienen una cuota nacional de casi el 40%, siendo monopolistas o duopolistas en algunas zonas del país, y que habrían operado ocasionalmente para impedir el acceso al mismo de nuevos competidores<sup>29</sup>. De otro lado, en el sistema bancario y crediticio, aun convaleciente de la crisis de 1999, la falta de competencia entre las entidades de crédito, aliñada por la inexistencia de competencia foránea (que excluye al Ecuador de los mercados financieros internacionales) constituye la principal explicación de los elevados tipos de interés en los préstamos que los bancos cobran al público<sup>30</sup>.

En suma, existen indicios de que en algunos sectores de la actividad económica privada en Ecuador los agentes desarrollan prácticas anticompetitivas, con efectos negativos en los precios, calidad, innovación, costes y eficiencia de las empresas. Subsisten empresas ineficientes y muchas iniciativas empresariales no pueden acceder al mercado por la oposición de los operadores ya establecidos<sup>31</sup>. Las barreras de entrada y a la movilidad empresarial y otras prácticas exclusionarias empecen un funcionamiento competitivo de los

<sup>20</sup> Literalmente Christina D. STORZ, Timothy G. TAYLOR, and Gary F. FAIRCHILD, "A Primer on Exporting to Ecuador", junio 2004, *EDIS document FES11*, a publication of the Department of Food and Resource Economics, Florida Cooperative Extension Service, Institute of Food and Agricultural Sciences, University of Florida, Gainesville, FL. (publicado en Febrero de 2005), pág. 7 (el documento es un resumen de la *Ecuador Country Commercial Guide FY2003*, elaborada por el Departamento de Estado Norteamericano). En semejantes términos, THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT (EIU), *Executive Briefing: Ecuador*, updated jul. 2005.

<sup>21</sup> UNCTAD, *Análisis de las Políticas de Inversión. Ecuador*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.2, Nueva York y Ginebra, 2002, págs. 9-11.

<sup>22</sup> Véase Wendy CARLIN, Mark SCHAFFER y Paul SEABRIGHT, "A Minimum of Rivalry: Evidence from Transition Economies on the Importance of Competition for Innovation and Growth", *Contributions to Economic Analysis & Policy*, 3/1 (2004) Article 17 (disponible en <http://www.bepress.com/bejeap/contributions/vol3/iss1/art17>, consultado el 31.01.06).

<sup>23</sup> Maria VAGLIASINDI, "Competition across transition economies: an enterprise-level analysis of the main policy and structural determinants", *EBRD Working Paper* 68 (Dic. 2001) págs. 13

<sup>24</sup> Véase el estudio (basado en una encuesta a más de 3.000 empresas en países en transición) realizado en la primera mitad de 1999 por Mark A. DUTZ y Maria VAGLIASINDI, "Competition Policy Implementation Transition Economies: An Empirical Assessment", *European Economic Review* 44 (2000) págs. 762-777.

<sup>25</sup> Trabajando sobre los mismos datos que Dutz y Vagliasindi (véase nota anterior), Wendy CARLIN, Steven FRIES, Mark SCHAFFER y Paul SEABRIGHT, "Competition and enterprise performance in transition economies: Evidence from a cross-country survey", *EBRD Working Paper* 63 (2001) págs. 26 y 34.

<sup>26</sup> Como suele ocurrir. La situación era análoga en Perú antes de la adopción del Decreto Legislativo n° 701, contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia (*Diario Oficial "El Peruano"* del 7 de noviembre de 1991), véase Spencer Weber WALLER y Rafael MUENTE, "Competition Law for Developing Countries: A Proposal for an Antitrust Regime in Peru", *Case Western Reserve Journal of International Law* 21 (1989) págs. 165-166.

<sup>27</sup> Véase Alicia PESANTEZ y Patricio RUI, "Grado de concentración industrial y Precios de la canasta básica", sin fecha, págs. 4-5 (aunque la elevación de índices de precios es superior en los servicios/productos en cuya fijación interviene el Gobierno).

<sup>28</sup> Los indicios (indirectos) son mixtos en María Belén FREIRE, "La productividad total de los factores en el Ecuador: efectos microeconómicos sobre las tasas de ganancia, los precios relativos y los salarios reales y determinantes macroeconómicos de su evolución", *Nota Técnica* n° 65 (Agosto 2001), Dirección de Investigaciones Económicas, Banco Central del Ecuador, Quito, págs. 14-16 (aunque, en relación con la pérdida de eficiencia productiva de algunos sectores empresariales en Ecuador, concluye "se hace indispensable la implementación de regulaciones que enfrenten el problema del poder de mercado en aquellas industrias que han aumentado su tasa de ganancia real, a pesar de que tienen constantes caídas de eficiencia (por ejemplo poniendo ciertos límites a la rentabilidad del capital). Si la poca eficiencia de estos sectores se debe al menos en parte a la estructura monopólica u oligopólica de estos mercados, y si existe evidencia en este sentido, se deben implementar los mecanismos que fomenten la competencia dentro de los mismos.")

<sup>29</sup> Es el caso de los grupos Wright (Supermercados La Favorita C.A., cuya enseña principal es Supermaxi) y Czarninski (Importadora El Rosado Cia. Ltda., cuya enseña principal es Mi Comisariato), que según algunas fuentes tuvieron bastante que ver con el fracaso de la entrada en el mercado del Grupo Ahold (Supermercados Santa Isabel) en 1997, véase Miguel ZAMORA, "La rápida Expansión de los supermercados en Ecuador y sus efectos sobre las cadenas de lácteos y de papa". *Regoverning Markets*, Sept. 2004, pág. 20.

<sup>30</sup> Es sólo un apunte de Kurt SCHULER, "EL Futuro de la Dolarización en Ecuador", Instituto Ecuatoriano de Economía Política, Guayaquil, Octubre 2002, págs. 9-10. Entre líneas también, Mauricio DÁVALOS GUEVARA, *La Dolarización en Ecuador. Ensayo y Crisis*, Abya-Yala, Quito 2004, págs. 23-26 y 36

<sup>31</sup> UNCTAD, *Análisis de las Políticas de Inversión. Ecuador*, UNCTAD/ITE/IPC/Misc.2, Nueva York y Ginebra, 2002, pág. 75 ("En realidad, hay algunos sectores fundamentales donde las prácticas anticompetitivas de las empresas hacen que la entrada de nuevas firmas nacionales o extrnjeras resulte muy difícil").



mercados. Otro tipo de prácticas y conductas evitan que las soluciones, estrategias e iniciativas empresariales más eficientes prevalezcan<sup>32</sup>.

Además, incluso presumiendo la bondad de las empresas ecuatorianas (lo cual a la vista de los indicios puede ser mucho presumir), la ausencia de una legislación antitrust no impide que produzcan plenos efectos negativos en el mercado, las empresas y los consumidores ecuatorianos las prácticas restrictivas de la competencia de empresas foráneas<sup>33</sup>.

## 5. Un esbozo de una política de competencia para Ecuador que sea plausible y con posibilidades de éxito: Los principios y las reglas generales.

Las consideraciones anteriores dibujan el escenario que condiciona seriamente la adopción de una legislación de defensa de la competencia y el establecimiento de una política de competencia en Ecuador. En efecto, las necesidades apuntadas ponen de relieve la necesidad de establecer intervenciones públicas y correcciones de los eventuales fallos de mercado y de los excesos de las empresas en los mercados ecuatorianos, pero las dificultades señaladas siguen existiendo.

Por ello, el proceso de implantación de la ley y política de competencia debe ser modesto en sus objetivos, y concebirse de una manera dinámica y progresiva. Con el tiempo y el desarrollo de los mercados, las reglas pueden cambiarse y adaptarse a la realidad. Debe, además, enmarcarse en una política económica global que, siguiendo los postulados constitucionales, confíe en los mercados como principal mecanismo de distribución de recursos y evite las intervenciones administrativas y las políticas públicas que introduzcan distorsiones en ese funcionamiento<sup>34</sup>.

Las normas que inicialmente se adopten deben ser claras y sencillas, que contribuyan a crear las condiciones de competencia. La claridad y seguridad jurídica son indispensables, así como la falta de discrecionalidad en su aplicación<sup>35</sup>. Deben descartarse iniciativas legislativas complejas o muy intervencionistas, aunque de calidad técnica y avanzadas, pero alejadas de la realidad económica y social ecuatoriana, que conducirán el proceso al fracaso<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Existe una "falta de conciencia sobre el daño que hacen los monopolios y oligopolios" (DÁVALOS, *La dolarización en Ecuador*, pág. 31).

<sup>33</sup> Véanse Margaret LEVENSTEIN y Valery Y. SUSLOW, "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy", *Antitrust Law Journal* 7 (2004) págs. 801-852 (que cuantifican los efectos de los carteles de los noventa en los países en desarrollo; como ellas apuntan, el efecto para los productores es más discutible, en la medida que es también posible que se beneficien sin participar de los precios de venta más elevados que el cartel suponga); William E. KOVACIC, "Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement", *Chicago-Kent Law Review* 77 (2001) pág. 295 Y UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Can Developing Economies Benefit from WTO Negotiations on Binding Disciplines for Hard Core Cartels?*, UNCTAD/DITC/CLP/2003/3, Nueva York y Ginebra 2003, págs. 9-10, 35-37, y 39.

Por otra parte, hay estudios que demuestran cómo la ausencia de un régimen de defensa de la competencia permite que los cárteles internacionales "campen a sus anchas" en determinados mercados, elevando exageradamente los precios, véase Julian L. CLARKE y Simon J. EVENETT, "The deterrent effects of national anticartel laws: evidence from the international vitamins cartel", *Antitrust Bulletin*, fall 2003, págs. 689-726 (el impacto en Ecuador es un sobreprecio de 14,82 millones de dólares sobre unas importaciones por un total de 42,78 millones de dólares).

<sup>34</sup> Subrayan la necesaria interrelación de la legislación de defensa de la competencia con otras intervenciones o políticas públicas (mayor aun que en las naciones desarrolladas), W. LACHMAN, *The development dimension of competition law and policy*, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, Nueva York y Ginebra 1999, *passim* y R. Shyam KHEMANI, "Competition Policy and Economic Development", *Policy Options*, Oct. 1997, pág. 24 (disponible en <http://www.irpp.org/po/archive/oct97/khemani.pdf>, consultado el 31.01.06)

Esto observa bien a las claras, en la posible "sustitución" por los operadores de las conductas o prácticas anticompetitivas por otro tipo de barreras o restricciones de índole regulatoria (adoptadas a sus instancias) a medida que las primeras son impedidas por la aplicación de la legislación antitrust, véanse Mark D. WILLIAMS y A. E. RODRÍGUEZ, "Antitrust Law and Liberalization in Developing Countries", *International Trade Journal* 9/4 (winter 1995) págs. 495-518 y A. E. RODRÍGUEZ y Mark D. WILLIAMS, "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19 (1994) págs. 223-227 ("Market and government structures in developing economies allow producers to choose whether to obtain anticompetitive rents from either cartelization or seeking favors from the state", *id.* 224). Este planteamiento disyuntivo es criticado por Craig W. CONRATH y Barry T. FREEMAN, "A Response to 'The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries'", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19 (1994) págs. 233-245.

<sup>35</sup> Véase GAL, *New York University Law and Economics Working Papers* 10 (2004) pág. 8 ("One possible method to reduce opposition to desirable reforms, which is sometimes suggested, is the adoption of a limited reform that does not fully apply the whole arsenal of competition law to incumbent firms but instead allows them to continue to engage in some types of business conduct that benefit them and would have otherwise been prohibited by the law. Such limited reform could definitely reduce political obstacles to the adoption of the rest of the legal provisions, especially if the law is a result of negotiation with pressure groups."). No obstante, no deben desdeñarse las dificultades que esta suerte de "concesiones" pueden suponer a los futuros cambios, Louis KAPLOW, "Transition Policy: A Conceptual Framework", *Journal of Contemporary Legal Issues* 13 (2003) págs. 161-209.

<sup>36</sup> Respecto de otra norma -La Ley ecuatoriana de Instituciones Financieras- sirvan las observaciones de América IBARRA PARRA, *El desafío legal de la microempresa informal*, FED, Quito 1997, pág. 237, que habla de "la distancia que existe entre el país real y el país de la ley copiada" y concluye "¿De qué sirve tener una norma jurídica copiada de un estado rico, mientras la realidad de nuestro país es el subdesarrollo?. La distancia que existe entre esa norma jurídica y la realidad es el especio de la informalidad, cuya vigencia nadie puede negar."

El objetivo fundamental ha de ser garantizar las líneas básicas del funcionamiento libre, competitivo y sin barreras artificiales en los mercados. En esa tarea, hay que ser consciente de que la aceptación de la norma por sus destinatarios (las empresas en este caso) es, en un primer momento, imprescindible. Una cierta aquiescencia de los destinatarios de la norma es esencial para que su adopción y aplicación práctica sea eficaz, máxime en un sistema legal como el ecuatoriano en el que las dudas sobre el imperio de la ley y su aplicación a todos los ciudadanos son más que notables<sup>37</sup>.

El éxito en el cumplimiento de esas funciones será presumiblemente mayor en la medida en que la norma limite su propósito a la introducción de reglas relativas al funcionamiento competitivo de los mercados y la defensa de la competencia. Aunque la experiencia de otros países latinoamericanos y de los proyectos de ley ecuatorianos hasta la fecha es la de mezclar la defensa de la competencia, la competencia desleal e incluso la protección de los consumidores, es preferible circunscribir la regulación a la materia estrictamente antitrust<sup>38</sup>. Lo mismo cabe decir de otras normas que establecen o reconocen derechos de los ciudadanos ante la Administración y los poderes públicos, o que dictan recomendaciones sobre las actuaciones de la Administración y de los poderes públicos frente a los particulares. Se trata en muchos casos de normas correctas y adecuadas, pero que no deberían tener cabida en un texto de ley de defensa de la competencia. En su caso, debieran incorporarse a leyes autónomas o leyes de diferente naturaleza, pero su integración entre las normas de competencia, además de confusa, puede ocasionalmente producir distorsiones normativas y frenar injustificadamente el funcionamiento de las nuevas instituciones encargadas de la política de competencia<sup>39</sup>.

La política de competencia ecuatoriana debe construirse sobre tres pilares básicos, que son comunes a cualquier sistema de defensa de la competencia<sup>40</sup>. Deben, en primer lugar, aprobarse un conjunto de reglas dirigidas a garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, que prohíban y sancionen determinadas conductas y comportamientos de las empresas restrictivos de la competencia (*legislación de competencia*), además han de existir mecanismos ágiles y eficaces para conseguir su aplicación efectiva, que las doten fuerza disuasoria a las normas y contribuyan a extender su conocimiento y cumplimiento entre las empresas, sancionando las infracciones (*aplicación de la legislación*). Finalmente, y esto es especialmente importante en el momento en el que se instaura la política de competencia, los poderes públicos han de promover el conocimiento de esta intervención pública en los mercados y sus beneficios para las empresas y el funcionamiento del sistema económico en general (*promoción o abogacía de la defensa de la competencia*)<sup>41</sup>. Esta última función es muy

<sup>37</sup> Véanse Ignacio DE LEÓN, "A Neo-Institutional Analysis of Vertical Integration and its implications for Antitrust Enforcement in Developing Countries", *Brooklyn Journal of International Law* 26 (2000) pág.304 ("Optimal regulation will never be so if it cannot achieve its aims due to the resistance of those subject to it") y GAL, "The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries", *New York University Law and Economics Working Papers* 10 (2004), pág. 16 ("the strength and compliance with the law result, inter alia, from the recognition and acceptance of competition mechanisms within society. Where there is no acceptance, there is a stronger reluctance to comply. Such acceptance is especially important in those developing economies in which the levels of compliance with the legal system are relatively low"); KOVACIC, *American University Journal of International Law and Policy* 11 (1996) págs. 467-468 (que subraya también la necesidad de llegar a acuerdos con los consumidores).

<sup>38</sup> En general, sobre la acumulación de otras competencias por las autoridades de defensa de la competencia, véanse OWEN, *Working Paper* n° 268, Stanford Law School, John M. Olin Program in Law and Economics, oct. 2003, pág. 20 y Francisco MARCOS, «El Derecho de la Competencia en los nuevos Estados miembros de la Unión Europea», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia* 229 (enero-febrero 2004) pág. 86. Esta acumulación de materias tiene mucho que ver con la falta de recursos de los tribunales ordinarios (véase Natalia YACHEISTOVA, *Competition Policy in Countries in Transition-Legal Basis and Practical Experience*, UNCTAD, Nueva York y Ginebra 2000, págs. 39-41).

Un buen ejemplo de esta suerte de tendencia omnicompreensiva en la Ley costarricense de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994, No. 7472, Gaceta n° 14, de 19 de enero de 1995 (disponible en <http://www.reglatec.go.cr/decretos/7472.pdf>, consultado el 31.01.06). La incorporación de las normas de competencia desleal es más generalizada (Venezuela, Perú, México) en otros ordenamientos (como, por ejemplo, el español, artículo 7 de la Ley de Defensa de Competencia) se reserva para aquellos ilícitos desleales que son considerados de relevancia antitrust, e incluso ahora se discute la conveniencia de mantenerlos en la Ley de Defensa de la Competencia.

Véase María CLARA CABRERA, "La política de la competencia en la Comunidad Andina y en la Comunidad Europea", *Boletín Latinoamericano de Competencia* 6/1 (mayo 1999) págs. 51, quien critica la confusión de materias en la legislación colombiana de defensa de la competencia ("De esta manera podemos observar de que a pesar de que el derecho colombiano busca crear un eficiente sistema de competencia, tiene ciertas fallas de coherencia lo cual lo lleva a abarcar muchos temas conceptualmente diferentes, haciendo que la legislación pierda claridad y eficacia al momento de aplicarla. La solución a este problema se encontraría en la diferenciación de competencias y de temas [...], además de una reforma legal que permita estructurar formalmente las normas").

<sup>39</sup> Aunque naturalmente, hay que ser conscientes de las interrelaciones entre el derecho de defensa de la competencia y otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, el régimen de protección de los consumidores [véase Fernando GÓMEZ POMAR, "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho", *Indret* WP 113 (enero 2003)]. Ello es lo que explica que en algunos países, de los que Perú constituye probablemente el mejor exponente, otorguen competencias dispares a una misma autoridad "paraguas", véase Barach Y. ORBACH, "Competition Policy in Transition: Lessons from Peru", *Working Paper*, Harvard Law School, 1999, págs. 21-38 (aunque las razones presupuestarias son importantes y las interrelaciones entre algunas de las áreas de su competencia son discutibles).

<sup>40</sup> WORLD BANK/OCDE, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington D.C.-Paris 1999 (disponible en [http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en\\_2649\\_33725\\_1916760\\_1\\_1\\_1\\_1\\_00.html](http://www.oecd.org/document/24/0,2340,en_2649_33725_1916760_1_1_1_1_00.html), consultado el 31.01.06).

<sup>41</sup> Véanse William E KOVACIC, "Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine, and Zimbabwe", *DePaul Law Review* 33 (1995) págs. 1221-1222; Roger Alan BONER y William E. KOVACIC, "Antitrust Policy in Ukraine", *George Washington Journal of International and Economic Law* 31 (1997) pág. 11;

importante para la difusión del conocimiento en la sociedad sobre la relevancia y las implicaciones de la política de la competencia y, a la postre, sobre cuál es el rol de la intervención Estado en la actividad económica<sup>42</sup>.

### 5.1. Sistema institucional.

La eficacia de la política de competencia exigirá normalmente, la creación de una institución encargada de su aplicación. A diferencia de otras normas jurídicas, es frecuente que la aplicación de las normas de defensa de la competencia se confíe a un organismo especializado e independiente, que investiga y sanciona la infracción de las prohibiciones contenidas en la ley de defensa de la competencia. La Autoridad Ecuatoriana de la Competencia (en adelante, AEC) debe ser independiente, no politizada, con el único objetivo de promover y difundir activamente los principios del funcionamiento libre y competitivo de los mercados ecuatorianos.

La experiencia comparada ofrece diversos modelos alternativos de organización institucional igualmente aptos para la consecución de dichos objetivos<sup>43</sup>. Aunque en todos ellos se contemplan intervenciones judiciales complementarias o suplementarias de diversa índole, es frecuente la opción por agencias o autoridades administrativas especializadas para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. El diseño institucional óptimo en Ecuador ha de equilibrar la consecución de los objetivos de especialización, independencia, eficiencia, transparencia y seguridad jurídica, intentando evitar la “captura del regulador” (*regulatory capture*) por los operadores afectados. Pero se trata de valores que no son absolutos, que deben equilibrarse con otros diferentes, con lo que ha de existir cierta flexibilidad en su implantación práctica.

### 5.2. Normas materiales: prohibiciones.

Desde el punto de vista de las normas materiales que se adopten, las prohibiciones de prácticas anticompetitivas y del abuso de posición dominante son las dos principales reglas en torno a las que ha de construirse el régimen legal. Sin embargo, el que los mercados ecuatorianos sean pequeños y que se encuentren en vías de desarrollo constituyen caracteres estructurales relevantes que han de condicionar el diseño y la aplicación de la legislación de defensa competencia.

De hecho, no falta quien incluso argumenta que, en la situación y estado de economías y mercados como los ecuatorianos, antes que la adopción de una política de competencia sería preferible la adopción de políticas de apertura del mercado al comercio exterior, eliminando los aranceles y los mecanismos proteccionistas, para mejorar la eficiencia y disciplinar a las empresas domésticas<sup>44</sup>.

El tamaño del mercado es, en efecto, una variable importante a la hora de diseñar y aplicar la política de competencia a un determinado mercado<sup>45</sup>, pero no es la única. Los indicios sobre prácticas anticompetitivas consolidadas a lo largo del tiempo deben condicionar también los recursos e instrumentos que se proporcionen a las autoridades para luchar contra ellos.

De hecho, el mercado ecuatoriano es pequeño por la reducida población del país (poco más de trece millones de habitantes), de los cuales no todos pueden considerarse consumidores reales de bienes y servicios (dados los elevados niveles de pobreza), y por el carácter mayormente cerrado y restringido en algunos sectores.

Para empezar el tamaño del mercado puede hacer imposible la existencia de numerosos competidores, las economías y des-economías de escala pueden llevar a que la estructura empresarial se concentre en pocos

---

OWEN, *Working Paper n° 268*, Stanford Law Schol, John M. Olin Program in law and Economics, oct. 2003, pág. 14; GAL, “The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries”, *New York University Law and Economics Working Papers* 10 (2004), págs 15-16 y 6 (“*Competition advocacy, that is, those activities conducted by the competition authority that are related to the promotion of a competitive environment for economic activities by means of non-enforcement mechanisms [...] is, perhaps, the most significant task of competition authorities in developing countries*”). Hay que dar por supuestas las acciones de los grupos de interés dirigidas a reducir las pérdidas derivadas de la liberalización y que menoscaban el funcionamiento competitivo de los mercados y actuar con tacto y sensibilidad, teniendo en cuenta las distintas circunstancias que podrían las pérdidas o rentas de las empresa (véase Armando E. RODRÍGUEZ y Malcom E. COATE, “Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy”, *Brooklyn Journal of International Law* 23 (1997) págs. 367-401).

<sup>42</sup> Véase Claudia CURIEL LEIDENZ, *Diseño de un modelo de abogacía de la competencia en el contexto de la implantación de las políticas de competencia en América Latina*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, Sección de Derecho y Política de la Competencia y de Protección del Consumidor, Nueva York-Ginebra septiembre 1996, UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.12; págs. 22-23.

<sup>43</sup> Véase, por todos, Michael TREBILCOCK y Edward M. IACOBUCCI, “Designing Competition Law Institutions”, *World Competition* 25/3 (2002) 361-394.

<sup>44</sup> Véanse Paul E. GODEK, “A Chicago-school approach to antitrust for developing countries”, *Antitrust Bulletin* 43(1) 1998, págs. 271-272; GODEK, *Regulation* 15/1 (winter 2002) pág. 19 (“*Eastern Europe is made up of relatively small countries with miniscule private sectors. Nothing is more important to the development of a small economy than unencumbered international trade- not only in goods and services but in capital as well*”) y OWEN, *Working Paper n° 268*, Stanford Law Schol, oct. 2003, págs. 10-11.

<sup>45</sup> Véanse Michal S. GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2003, Michal S. GAL, “Size does matter: the effect of market size on optimal competition policy”, *Southern California Law Review* 74 (2001) 1437-1478 y Michal S. GAL, “Market Conditions Under the Magnifying Glass: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy”, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) págs. 304-305..

proveedores de productos o servicios, sin fomentar la innovación empresarial<sup>46</sup>. En definitiva, suele ocurrir que la producción no alcanza los niveles óptimos, existen elevadas barreras de entrada (por razones de eficiencia) y una alta concentración empresarial<sup>47</sup>. La eficiencia dinámica, dada la baja inversión y gasto en investigación y desarrollo, es también reducida<sup>48</sup>. Al final, todo ello hace más débiles las posibles correcciones de las decisiones y estrategias empresariales por las fuerzas del mercado, y hace más relevante la política de la competencia<sup>49</sup>.

Además, como ya se ha apuntado, la concentración del mercado ecuatoriano en más de la mitad de los sectores empresariales es considerable<sup>50</sup>, y ello naturalmente ha de condicionar la política de competencia.

No obstante, la mayor relevancia de la política de la competencia en los mercados pequeños no se materializa en una exigencia de mayor dureza o intervención en la actividad empresarial. En la práctica lo que supone es la necesidad de evitar errores en la redacción y aplicación de las reglas y prohibiciones, pues esos posibles defectos pueden tener un efecto “ampliado” que distorsione o deteriore la competencia en el mercado en cuestión<sup>51</sup>.

El principio fundamental que ha de inspirar la actuación de la autoridad de competencia ecuatoriana ha de ser el de la eficiencia empresarial (productiva, distributiva y dinámica)<sup>52</sup>, olvidando otros posibles objetivos que, en su caso, se perseguirán por otras autoridades y a través de otras normas diferentes.

La legislación de defensa de la competencia debe aplicarse a cualquier entidad que realice una actividad económica en el mercado, independiente de su forma jurídica, incluyendo entidades sin ánimo de lucro y sociedades públicas. Naturalmente, como en otros países, se plantearán dificultades a la hora de aplicar las prohibiciones *antitrust* a las actuaciones de los poderes públicos que privilegian a determinadas empresas sobre otras. Ciertas intervenciones públicas aparentemente anticompetitivas pueden estar justificadas por la falta de desarrollo de los mercados y del tejido empresarial en determinados sectores<sup>53</sup>.

Por lo demás, al margen de la prohibición casi universal de los comportamientos y prácticas de las empresas restrictivas de la competencia<sup>54</sup>, la legislación ecuatoriana de defensa de la competencia ha de ser especialmente cautelosa en el establecimiento de las posibles excepciones a la prohibición de acuerdos horizontales con efectos

<sup>46</sup> Naturalmente todo depende del sector de actividad, pues si las economías de escala son bajas (como ocurre en muchos sectores) pueden existir fácilmente más empresas. Véase GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) pág. 309.

<sup>47</sup> Véase GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) págs. 309-312. La elevada concentración empresarial es frecuente en otras economías en transición, véanse Roger W. MASTALIR, “Regulation of Competition in the ‘New’ Free Markets of Eastern Europe: A Comparative Study of Antitrust Laws in Poland, Hungary, Czech and Slovak Republics, and Their Models”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19 (1993) pág. 72 (a principios de los noventa la mayoría de los bienes de producción polaca se producían por una o, a lo sumo, dos empresas); William E.KOVACIC, “Competition Policy, Economic Development, and the Transition to Free markets in the Third World: The Case of Zimbabwe”, *Antitrust Law Journal* 61/1 (1992) págs. 259 (otro tanto en Zimbabwe); Lionel KESTENBAUN, *Israel’s Restrictive Trade Practices Law: Antitrust Misadventures in a Small Developing Country*, *Israel Law Review* 8 (1973) pág. 453 (en Israel a finales de los sesenta).

Véase también GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) 1445-1449. Todo ello puede conducir a una situación en la que la que puede reinar la ineficiencia empresarial y la tendencia a la colusión o al acuerdo, sin que se desarrolle la innovación empresarial (*id.*, págs.1449-1450). La tendencia a la concentración empresarial o industrial es frecuente en las economías latinoamericanas y responde a razones históricas y a la intervención pública en la economía (especialmente en aquellos sectores más rentables), véanse Ignacio DE LEÓN, “A market process analysis of Latin American Competition Policy”, *WP, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (Venezuela)*, Aug. 2000, págs. 5-7; Ignacio DE LEÓN, “The Role of Competition Policy in the promotion of competitiveness and development in Latin America”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 11 (diciembre 2000) pág. 60; Santiago ANDRADE UBIDIA, *Hace falta una Ley que promocióne y proteja la competencia económica*, (disponible en [www.care.org.ec/reico/articlevy.pdf](http://www.care.org.ec/reico/articlevy.pdf) consultado el 05.10.05) págs. 9-10 (aunque este último parece confiar en que una ley de defensa de la competencia cambiaría las cosas).

<sup>48</sup> Véase GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) pág. 313.

<sup>49</sup> Véase GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) 1442. En otras palabras y visto desde otra perspectiva: “The effect of small size resembles that of a magnifying glass: special market phenomena become more significant as extremes become the rule” [GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) pág. 306].

<sup>50</sup> Véase BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, *Una propuesta de Plan Estratégico de desarrollo de largo plazo para el Ecuador. Diagnóstico y sugerencias de política económica para elevar la productividad y competitividad de la economía ecuatoriana*, Quito, Julio 2002, págs. 45-46 y, referido al sector comercial, Renán RODRÍGUEZ, *Grado de concentración en la comercialización*, mimeo, sin fecha, *passim*.

<sup>51</sup> Véase GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) pág. 306.

<sup>52</sup> Véase GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, págs. 46-51. “Small economies should, however, strive to serve only one master, economic efficiency, because they are less able than their larger counterparts to afford competition policy that sacrifices economic efficiency for broader objectives” [GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) pág. 1451, aunque desarrolla la misma idea hasta la página 1454; igual en GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) pág. 314, aunque desarrolla la misma idea hasta la página 317].

<sup>53</sup> A diferencia de los países industrializados, véase LACHMAN, *The development dimension of competition law and policy*, págs. 27-35. En general, sobre este particular, ampliamente, Roger Alan BONER, “Antitrust and State action in transition economies”, *Antitrust Bulletin*, Spring 1998, págs. 71-103 (especialmente págs. 80 y siguientes).

<sup>54</sup> OECD, *Hard Core Cartels*, 2000, 60 págs (disponible en [www.oecd.org](http://www.oecd.org), consultado el 31.01.06); INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, *Defining Hard Core Cartel Conduct. Effective Institutions, Effective Penalties*, ICN 4<sup>th</sup> Conf, Boon (Alemania) 6-8 de Julio de 2004 (disponible en [http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences\\_bonn.html](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences_bonn.html), consultado 31.01.06) y LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM, “Fighting Hard Core Cartels in Latin America and the Caribbean”, Third Annual Meeting of the Latin American Competition Forum Madrid, 19-20 de Julio de 2005, IDB-OECD, 2005, 22 págs. (disponible en <http://www.iadb.org/europe/LACF2005/main.htm>, consultado 31.01.06).

presumiblemente anticompetitivos. El tamaño y la estructura del mercado ecuatoriano pueden justificar ciertas formas de colaboración y cooperación entre empresas, que son eficientes y que deben estar justificadas en un mercado pequeño (ya que permiten a las empresas producir con economías de escala que ellas solas jamás alcanzarían)<sup>55</sup>.

En lo que a las restricciones verticales respecta, suele considerarse que la persecución de este tipo de conductas no es una prioridad en la política de competencia en los países en desarrollo<sup>56</sup>. Sin embargo, las reducidas dimensiones y la elevada concentración del mercado ecuatoriano apuntan precisamente lo contrario: debe evitarse que a través de ese tipo de prácticas se extienda la concentración y reduzca la competitividad en los niveles superiores o inferiores de un sector ya concentrado.

Por otro lado, la prohibición del abuso de posición dominante debe ser la otra arma que la legislación de defensa ecuatoriana proporcione para atajar las prácticas anticompetitivas de aquellas empresas con posición de dominio en el mercado. Es sabido que el abuso de esa posición conduce a una elevación de precios, reduce la cantidad de productos o servicios disponibles de manera anticompetitiva, dificulta o impide el acceso al mercado de competidores o la innovación y eficiencia empresarial. En este punto, el reducido tamaño del mercado ecuatoriano debe conducir a que empresas con una cuota de mercado menor puedan poseer posición dominante: en algunos sectores la reducida elasticidad de la oferta (por las elevadas economías de escala) otorga el dominio con cuotas inferiores a las típicas en otros mercados<sup>57</sup>.

Además, dada la proliferación de barreras artificiales a la entrada en estos mercados, debe acentuarse la persecución de las conductas abusivas mediante prácticas exclusionarias, que limitan el acceso al mercado de potenciales competidores<sup>58</sup>.

### 5.3. Sanciones por la infracción de las normas de defensa de la competencia.

La credibilidad y el vigor de las normas de defensa de la competencia depende de su aplicación efectiva y de las sanciones que se impongan a los infractores por la realización de las conductas prohibidas<sup>59</sup>. El sistema institucional que se configure condicionará los mecanismos sancionadores que se adopten, que todo hace pensar que habrán de ser sanciones monetarias de carácter administrativo, sin que exista una conciencia social que aconseje la instauración de sanciones penales<sup>60</sup>. Deben contenerse parámetros claros para la fijación de las sanciones, en función de la gravedad de la infracción y de las circunstancias concurrentes, con directrices claras que proporcionen información y seguridad a los operadores económicos sobre el marco sancionador básico. Además, exigencias constitucionales de una tutela judicial efectiva hacen aconsejable que las resoluciones sancionadoras de la AEC expliquen y motiven con detalle la sanción adoptada.

En principio, cabe pensar que el sistema de aplicación del derecho de defensa de la competencia en Ecuador puede completarse con una previsión de las posibles acciones judiciales de los perjudicados para reclamar a los infractores los daños y perjuicios provocados por la realización de prácticas prohibidas, pero la introducción de este tipo de acciones o de un sistema de aplicación privada del derecho de defensa de la competencia debe ir precedida de una reflexión previa sobre sus objetivos y su adecuación a la realidad e instituciones ecuatorianas<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Véase GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, págs. 162-164; GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) pág. 1461 [igual en GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) págs. 323-324].

<sup>56</sup> Jochen LORENTZEN y Peter MøLLGAARD, "Competition compliance: limits to competition policy harmonization in EU enlargement", *European Competition Law Review* 24/7 (jul. 2003) págs. 283 y 286-287.

<sup>57</sup> Véase GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, págs. 59-68; GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) pág. 1463-1464 [igual en GAL, *American Journal of Comparative Law* 50 (2002) págs. 325-326].

<sup>58</sup> Para ello una buena solución puede ser invertir la carga de la prueba del operación dominante, que habría de acreditar el efecto anticompetitivo de su conducta, Ross C. SINGLETON, "Competition Policy for Developing Countries: A Long-Ron, Entry-Based Approach", *Contemporary Economic Policy* 15/2 (1997) págs. 4-5 y 6 ("Developing countries have an opportunity to adopt competition policies that focus exclusively on entry conditions", *id.*, pág. 4).

<sup>59</sup> Véase Richard POSNER, *Antitrust Law*, 2ª ed., University of Chicago Press, Chicago-Londres 2001, pág. 266.

<sup>60</sup> Así, respecto del Proyecto de 2002, "[p]ara el modelo ecuatoriano se consideró que la Ley no puede concebirse como un ordenamiento de naturaleza penal, ya que fundamentalmente debe buscar persuadir a los agentes económicos a que construyan el mercado y de allí la importancia que da a la promoción de la competencia. [...] Si bien el proyecto no tiene un corte represivo, sin embargo se dotó a la autoridad de los medios idóneos para que logre que sus decisiones sean efectivas. En ese sentido podrá imponer multas correctivas y sanciones administrativas y gozará de jurisdicción coactiva." [Carola CHAMORRO, "El proceso ecuatoriano del proyecto de ley de competencia", *Boletín Latinoamericano de Competencia* 15/2 (octubre 2002) pág. 124]. De hecho, se apunta también la necesidad de atenuar su carácter represivo y sancionador, "[l]a ley no puede concebirse como un ordenamiento de naturaleza penal, fundamentalmente ha de buscar persuadir a los agentes económicos a que "construyan" el mercado, por ello se deben adoptar ciertos mecanismos como sería, por ejemplo, la posibilidad de que a quien se imputa prácticas ilegales ofrezca un compromiso para cesar en ellas" (ANDRADE, *Hace falta una Ley que promueva y proteja la competencia económica*, pág. 9).

<sup>61</sup> Véase KOVACIC, *Depaul Law Review* 33 (1995) pág. 1217 (lo que en principio vale en un país puede no funcionar en el entorno institucional de otro).

#### 5.4. ¿Un control administrativo de las concentraciones empresariales?

La introducción de un sistema de control administrativo de las operaciones de fusión y concentración empresarial constituye una de las principales cuestiones que han dificultado el avance de algunos de los proyectos de ley de defensa de la competencia en Ecuador. En efecto, aunque casi todos los sistemas de defensa de la competencia introducen instrumentos de este tipo, es discutible en qué medida ha de encontrarse en la configuración inicial del sistema ecuatoriano de defensa de la competencia que se realice<sup>62</sup>. Aparentemente, la realidad empresarial ecuatoriana no está preparada para aceptar que las decisiones de adquisición o fusión empresarial queden al albur de la burocracia administrativa<sup>63</sup>.

Las experiencias habidas en otros lugares permiten otorgar cierto margen a las dudas que el sector empresarial ecuatoriano parece tener. En algunos países en desarrollo, la adopción y aplicación del sistema de control de concentraciones empresariales ha dejado bastante que desear<sup>64</sup>. En efecto, la dificultad de concebir controles estrictos y herméticos, que no sean discrecionales (cuando necesariamente cierta flexibilidad es precisa); la gran cantidad de información y de datos que las decisiones de este tipo requieren, hacen dudar sobre la conveniencia de incorporar actualmente este tipo de normas al arsenal de la política de competencia ecuatoriana.

Además, la concentración del mercado ecuatoriano, el poco desarrollo de los mercados financieros y las distorsiones que provocan las intervenciones y controles públicos en muchos sectores dificultan el análisis de eficiencias que debe presidir el control de concentraciones<sup>65</sup>. En ese entorno, los perjuicios del control para las decisiones de inversión de las empresas pueden ser muy superiores a los beneficios en términos de eficiencia y bienestar social.

Por tanto, las reticencias empresariales y las dudas sobre la eficacia y los riesgos de instaurar el control de concentraciones en el Ecuador pueden justificar la exclusión del control de esta fase inicial de instauración de política de la competencia en Ecuador. En la medida que el proceso de establecimiento de una política de competencia es dinámico, el control de concentraciones podría perfectamente incorporarse en el futuro, cuando la estabilidad y madurez del sistema, la confianza en la AEC y la experiencia previa en la aplicación de la ley de defensa de competencia lo aconsejen<sup>66</sup>.

Obsérvese, además, que el control de concentraciones no figuraba entre las previsiones normativas originarias de la legislación de defensa de la competencia en los sistemas más avanzados, incorporándose con posterioridad. Tanto en los Estados Unidos, como en la Comunidad Europea, el control de concentraciones surge años más tarde de las primeras normas sobre defensa de la competencia, como reacción a aquellas fusiones o adquisiciones empresariales que daban lugar a posiciones dominantes en el mercado.

Por otra parte, cuando este instrumento se diseñe habrá de tenerse en cuenta que el tamaño del mercado ecuatoriano y el que éste necesariamente concentrado en algunos sectores, dificulta el “transplante” al mercado ecuatoriano un sistema de control como los existentes en mercados más grandes y desarrollados. Es evidente que la concentración existe, con lo que fácilmente se superarían los umbrales normalmente utilizados en estos sistemas<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Véase GAL, *Competition Policy for Small Market Economies*, págs. 194-196.

<sup>63</sup> La debilidad institucional y la burocracia dan mayor solidez a este argumento. En otros países del entorno se ha tenido hasta no hace mucho la misma postura, véase Hugo EYZAGUIRRE, “Políticas de competencia en países menos desarrollados”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 5/2 (noviembre 1998) pág. 47 (“No hay evidencia concluyente sobre la necesidad de tener control de fusiones. Se puede considerar que la aplicación de ambos controles a la vez implica un nivel de redundancia. Siendo el control ex-post menos intervencionista en los mercados, podría ser privilegiado el ex-post sobre el ex-ante”).

<sup>64</sup> En general, véase, William E. KOVACIC, “Merger enforcement in transition: Antitrust controls on acquisitions in emerging economies”, *University of Cincinnati Law Review* 66 (1998) págs. 1092-1093, 1097-1100 y 1103-1106 (sobre las dificultades de administrar mecanismos diseñados en los países desarrollados en las economías en transición). Véase, sobre el control de la concentración empresarial y de las fusiones en Kenia y Zambia, Fred O. BOADU y Tolulope OLOFINBIYI, “Regulating the Market: Competition Law and Policy in Kenya and Zambia”, *World Competition* 26/1 (2003) págs. 80-85. Los riesgos y dificultades de estos controles en otros países en desarrollo se apuntan también (con referencias) en Paulo CORREA y Federico AGUIAR, *Control de las Fusiones en los Países en Desarrollo: Enseñanzas de la Experiencia del Brasil*, UNCTAD (UNCTAD/DITC/CLP/Misc.24), Nueva York y Ginebra 2002, pág. 1. Sobre las dificultades de análisis del control en Ucrania, véase Roger Alan BONER y William E. KOVACIC, “Antitrust Policy in Ukraine”, *George Washington Journal of International and Economic Law* 31 (1997) pág. 39. En Costa Rica, véase Pamela SITTIFIELD HERNÁNDEZ, “Experiencias en la aplicación de las Leyes y Políticas de Competencia El caso de Costa Rica”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 4 (agosto 1998) pág. 27.

<sup>65</sup> Véase Gonzalo RUIZ D., “Control de concentraciones versus regulación de conductas ¿Complementos o Sustitutos”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 5/2 (diciembre 1998) págs. 67 y 70.

<sup>66</sup> Como, por ejemplo, ha ocurrido en Argentina, así la Ley n° 25.156 de Defensa de la Competencia (luego modificada en este extremo por el Decreto n° 396, BO de 5 de abril de 2001) incorpora en Argentina un control previo de concentraciones, que no existía en la vigencia de la Ley n° 22.262. Véanse Taimoon STEWART, “Developing and Implementing a Competition Regime: Challenges Faced by Small Open Economies”, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 11 (diciembre 2000) pág. 54 y RUIZ, *Boletín Latinoamericano de Competencia* 5/2 (diciembre 1998) pág. 68 (con referencias a otros trabajos).

<sup>67</sup> Por eso sería necesario abrir la puerta a justificaciones en términos de eficiencia de la concentración, con el riesgo de dar lugar a un debate sobre las posibles explicaciones procompetitivas y anticompetitivas de la operación, para lo que es dudoso que la AEC esté preparada. Véase GAL, *Southern California Law Review* 74 (2001) 1455-1560 y 1466.

## **6. Conclusiones.**

Esta reflexión sobre la necesidad y las dificultades de adoptar una legislación de defensa de la competencia en la República del Ecuador pone de relieve la importancia de que las iniciativas en este campo sean conscientes de las particularidades del entorno social y económico ecuatoriano, análogo al de otros países en vías de desarrollo, pero con singularidades propias que es preciso tener en cuenta. Además, es indispensable una adecuada información a los operadores afectados de las virtudes y consecuencias positivas para ellos y para el tejido económico y los mercados ecuatorianos de una política eficaz y transparente de competencia. Las experiencias habidas hasta la fecha han fracasado bien porque se trataba de iniciativas trasplantadas de otros lugares, pero sin acomodo para la realidad ecuatoriana, o porque no se explicaron adecuadamente las ventajas y beneficios para empresas y consumidores de las normas propuestas.

## LA COMPETENCIA Y EL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Por: **María Antonieta Gálvez Krüger**<sup>1</sup>

E-mail: [antonieta.galvez@olavolex.pt](mailto:antonieta.galvez@olavolex.pt)

### 1. Introducción.-

Actualmente, resulta innegable la interrelación que existe entre la defensa de la competencia y la protección del interés de los consumidores en la legislación de varios países, entre ellos, el Perú. Esto es así debido a la convergencia de objetivos de la defensa de la competencia, la protección de los consumidores y la eficiencia económica<sup>2</sup>.

Con el objeto de enmarcar el panorama al que se hará referencia en el presente artículo, nos adscribimos a lo que algunos autores denominan el “Derecho Ordenador del Mercado”, ello sin perjuicio de ser conscientes que cualquier clasificación o definición es inevitablemente arbitraria y discutible.

El “Derecho Ordenador del Mercado” sería aquel que tiene por objeto “regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (los particulares y el Estado) en el mercado o tráfico económico”<sup>3</sup> y en el caso del Perú, estaría conformado principalmente por las siguientes disciplinas: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Protección al Consumidor; el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal; el Derecho de la Publicidad y los Derechos de Propiedad Intelectual (derechos de propiedad industrial y derechos de autor).

Todas estas disciplinas o materias tienen como factor común el reconocer la existencia de los diversos actores de la economía así como de sus intereses (el interés privado de los empresarios, el interés colectivo e individual de los consumidores y el interés público del Estado) y pretenden regular -directa o indirectamente- su comportamiento con el objeto de preservar la existencia de una economía de mercado, es decir, del sistema económico como abstracción<sup>4</sup>. Y es precisamente ese factor en común que permite -y obliga- otorgar a dichas disciplinas una lectura integral por la conexión existente entre ellas: la defensa de la competencia y la protección del consumidor.

En términos generales el denominado “Derecho Ordenador del Mercado” tendría como objetivos prevenir y reprimir las distorsiones en el mercado creadas artificialmente por la concertación entre competidores y los abusos de posición de dominio en el mercado (defensa de la libre competencia); prevenir y reprimir las conductas de los competidores que supongan una violación de los parámetros de lealtad o corrección que deben regir el ejercicio de toda actividad empresarial libre, es decir, que impliquen un abuso de la libertad de competencia (represión de la competencia desleal)<sup>5</sup>; la supervisión de la actividad publicitaria y su sujeción a los principios de veracidad, autenticidad, lealtad y legalidad (normativa publicitaria); la tutela de los derechos de los consumidores, como parte débil de las relaciones de mercado<sup>6</sup> (protección al consumidor); y la protección de los derechos de propiedad intelectual en sus dos vertientes, derechos de propiedad industrial (relativo a patentes, modelos de utilidad, signos distintivos, etc.) y los derechos de autor, mediante el otorgamiento de una exclusiva de explotación.

La aplicación de la legislación peruana que regula tales materias está a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y, conforme se apreciará a continuación, entre las normas a las que haremos breve referencia hay una estrecha interrelación temática y de efectos ya que en ellas está presente, directa o indirectamente, la tutela del sistema de competencia y de los intereses de los consumidores.

<sup>1</sup> Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM en International Legal Studies, Georgetown University. Profesora del curso de Protección al Consumidor en la Maestría en Derecho de la Competencia y Derechos de Propiedad Intelectual de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>2</sup> Sobre este tema ver Documento UNCTAD (DITC/CLP/2004/3) “Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección al Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú”, pp. 9 a 22.

<sup>3</sup> Díez Canseco, Luis. “Función Regulatoria, Promoción de la Competencia y Legislación Antimonopólica”. En: *Thémis Revista de Derecho*, No. 36. Lima, 1997, p. 41.

<sup>4</sup> Op. Cit.

<sup>5</sup> Ver Massaguer, José. “Aproximación Sistemática al Derecho de la Competencia y de los Bienes Inmateriales”. En: *Revista General de Derecho*. Madrid.

<sup>6</sup> Menéndez, Aurelio. “La Competencia Desleal”. Madrid: Civitas, 1988, p. 99.



## 2. Perú: Marco Constitucional.-

El marco normativo del “Derecho Ordenador del Mercado” está dado, en primer lugar, por la Constitución Política del Estado. El artículo 58 de la Constitución consagra la libertad de iniciativa privada, señalando que aquélla se ejerce en el marco de una economía social de mercado y el artículo 59 por su parte contiene la garantía a la libertad de empresa, comercio e industria.

El artículo 61, que en especial es la base de la defensa de la libre competencia, establece que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, indicando igualmente que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La represión de la competencia desleal encuentra su base constitucional principalmente en el último párrafo del artículo 103 - relativo al abuso del derecho - así como en los ya mencionados artículos 58 y 59.

En lo que respecta a la protección al consumidor, el artículo 65 de la Constitución establece que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios y que para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado.

Finalmente, la base constitucional para la protección a los derechos de propiedad intelectual se encuentra también en el inciso 8) del artículo 2 que establece que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.

Todo esto dentro del gran marco de referencia del modelo o sistema económico consagrado en la Constitución - la economía social de mercado-, como clave interpretativa del Derecho Ordenador del Mercado en nuestro país.

## 3. Ley de Defensa de la Libre Competencia: Decreto Legislativo 701<sup>7</sup>.-

El Decreto Legislativo 701 tiene por objeto “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”. A tal fin, se prohíben los “actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”<sup>8</sup>.

Como se puede observar, esta ley - cuyo objetivo directo es la defensa de la competencia - también tiene como meta el procurar el mayor beneficio de los consumidores. Esto es, la defensa de la competencia se pretende no sólo como un fin en sí misma sino también como un medio o vehículo que puede (o debería) proporcionar bienestar a los consumidores. El correcto funcionamiento del mercado y el fortalecimiento de la competencia beneficia a los consumidores ya que les permite el acceso a una mayor variedad de bienes y servicios en términos de precio, calidad y cantidad.

En sentido similar, la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina consagra como su objetivo “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores”<sup>9</sup>.

Una muestra de la interacción entre la defensa de la competencia y los consumidores en el Decreto Legislativo 701 la tenemos, por ejemplo, en el artículo 6 (d) que considera como práctica restrictiva de la libre competencia la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y en tanto afecte negativamente a los consumidores. Más aún, entre los criterios que la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI debe tener en consideración para determinar la gravedad de una infracción y la aplicación de multas está el “efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios”<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Decreto Legislativo 701 y modificaciones posteriores (disponible en [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)). En relación al sector eléctrico, ver la Ley 26876 “Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico”.

<sup>8</sup> Artículos 1 y 3.

<sup>9</sup> Decisión 608, artículo 2 (disponible en [www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)).

<sup>10</sup> Artículo 23(d)

Con relación a la legitimación activa, el Decreto Legislativo 701 dispone que la investigación de las conductas que puedan constituir prácticas restrictivas o abuso de posición de dominio puede ser iniciada de oficio o a petición de parte<sup>11</sup> ante la Comisión de Libre Competencia, pudiendo presentarse al procedimiento otras partes con interés legítimo para expresar sus argumentos y ofrecer las pruebas que estimen relevantes.

#### **4. Ley de Protección al Consumidor: Decreto Legislativo 716<sup>12</sup>.**

Según consagra el artículo 2 de esta ley, la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en la Constitución Política, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor.

Entre los derechos reconocidos a los consumidores están, entre otros, los siguientes:

- El derecho a una protección eficaz contra productos o servicios que, en condiciones normales y previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.
- El derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión de consumo adecuadamente informada.
- El derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, valorativamente competitivos.
- El derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato justo y equitativo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios.
- El derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.
- El derecho a ser escuchados de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleado los medios que el ordenamiento jurídico permita<sup>13</sup>.

La Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI está a cargo de la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor y el inicio del procedimiento administrativo para sancionar infracciones a dicha ley puede ser oficio, a pedido del consumidor o usuario final afectado o potencialmente afectado o a pedido de Asociaciones de Consumidores<sup>14</sup>. Por “consumidor final” se entiende, en principio, a aquél que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato<sup>15</sup>.

Esta ley se aplica cuando se configure una “relación de consumo” entre un consumidor final y un proveedor. Esto es, debe existir de por medio un producto o servicio materia de una transacción comercial entre un proveedor y un consumidor final<sup>16</sup>.

#### **5. Ley de Represión de la Competencia Desleal: Decreto Ley 26122<sup>17</sup>.**

El objeto de esta ley es sancionar los actos contrarios a la leal competencia en las actividades económicas y su aplicación está a cargo de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI.

El artículo 6 de la ley contiene una cláusula general prohibitiva que señala que se considera acto de competencia desleal “toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas”.

Para la calificación del acto de competencia desleal no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> Artículo 15.

<sup>12</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 716 “Ley de Protección al Consumidor”, aprobado por Decreto Supremo 039-2000-ITICI (disponible en [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)). Asimismo, existen otras normas de carácter sectorial que tienen que ver con la protección a los consumidores, entre ellas, en el sector de las telecomunicaciones, sanitario, etc.

<sup>13</sup> Artículo 5.

<sup>14</sup> Artículo 40.

<sup>15</sup> INDECOPI, Lineamientos sobre Protección al Consumidor, p. 7 (disponible en [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)).

<sup>16</sup> Lineamientos, p. 5.

<sup>17</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Ley 26122 “Ley sobre Represión de la Competencia Desleal”, aprobado por Decreto Supremo 039-2000-ITICI (disponible en [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)).

<sup>18</sup> Artículo 5.

Entre los actos que en particular se tipifican como desleales tenemos, entre otros, los siguientes:

- Los actos destinados a crear confusión en los consumidores respecto de la actividad, prestaciones, productos o establecimiento de un competidor<sup>19</sup>.
- Los actos de engaño a los consumidores respecto de la naturaleza, características y en general las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones propios<sup>20</sup>.
- El aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular se reputa desleal el empleo de o imitación de signos distintivos, etiquetas, envases u otros medios de identificación que en el mercado se asocian a un tercero<sup>21</sup>.
- La imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél<sup>22</sup>.
- La fabricación, importación y la venta de productos que son copia o reproducción no autorizada de bienes de terceros protegidos por la legislación de propiedad industrial o de derechos de autor<sup>23</sup>.
- El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta, salvo que medie causa justificada<sup>24</sup>.

El standard de consumidor que se emplea para la aplicación de la Ley de Competencia Desleal, esto es, por ejemplo, para determinar si se han configurado actos de confusión o engaño, es el standard del “consumidor razonable”. Por “consumidor razonable” se entiende a aquel consumidor que antes de tomar decisiones de consumo, “adopta precauciones comúnmente razonables y se informa adecuadamente acerca de los bienes o servicios que le ofrecen los proveedores”<sup>25</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, cualquiera que sea o pudiese verse afectado por un acto de competencia desleal (entre ellos, un consumidor) puede iniciar acción contra quien lo haya realizado u ordenado, es decir, no es necesario que el denunciante sea competidor del sujeto que realiza la conducta denunciada. Asimismo, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal puede iniciar la acción de oficio cuando el acto de competencia desleal se encuentre en ejecución<sup>26</sup>.

#### **6. Ley de Publicidad: Decreto Legislativo 691<sup>27</sup>.**

Esta ley establece que la publicidad debe sujetarse a los principios de veracidad, autenticidad, lealtad y legalidad, considerando ilícita en consecuencia la publicidad engañosa, encubierta, denigratoria y la publicidad abusiva. La aplicación de la ley también está a cargo de la Comisión de Represión Desleal del INDECOPI.

El beneficiado con la protección otorgada por la ley y por ende, quien goza de la legitimación activa “es cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo”<sup>28</sup>, es decir, incluye no sólo a los consumidores o usuarios finales de los productos o servicios anunciados sino también a los distribuidores, comerciantes y, en general, todo aquel que se encuentre en la posibilidad de recibir el mensaje del anunciante<sup>29</sup>. Ello, sin perjuicio que la Comisión puede accionar de oficio.

El standard de consumidor que se usa para determinar si existe engaño o confusión en los mensajes publicitarios es el “consumidor razonable”, al igual que en los temas de competencia desleal.

Ahora bien, la estrecha relación que existe entre la materia publicitaria y la de competencia desleal así como la vinculación entre la publicidad y la protección al consumidor, pone a veces en tela de juicio la autonomía del

<sup>19</sup> Artículo 8.

<sup>20</sup> Artículo 9.

<sup>21</sup> Artículo 14.

<sup>22</sup> Artículo 13.

<sup>23</sup> Artículo 19.

<sup>24</sup> Artículo 18.

<sup>25</sup> INDECOPI, Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial (publicados el 20.07.01, p. 6).

<sup>26</sup> Ver artículos 20 y 21 respectivamente del Decreto Ley 26122.

<sup>27</sup> Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 691 “Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor”, aprobado por Decreto Supremo 039-2000-ITINCI (disponible en [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)).

<sup>28</sup> Artículo 1.

<sup>29</sup> Resolución No. 004-2000/CCD-INDECOPI, citada a en los Lineamientos, nota 26, p. 22.

Derecho de la Publicidad y la conveniencia que exista un cuerpo normativo separado que regule la materia publicitaria.

En términos generales, todas (o casi todas) las infracciones publicitarias constituyen a la vez actos de competencia desleal<sup>30</sup>. En contrapartida, todas (o casi todas) las infracciones publicitarias suponen una violación a los derechos de los consumidores<sup>31</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, dado que hasta la fecha en el Perú existen tres cuerpos normativos separados, hay que aceptar por lo menos la autonomía formal del Derecho de la Publicidad frente al Derecho de Competencia Desleal y el Derecho de Protección al Consumidor. Sin embargo, necesariamente se deben tener en cuenta los puntos de contacto entre ellas y los campos en los cuales se superponen.

Respecto a la vinculación entre las infracciones publicitarias y las infracciones a la Ley de Protección al Consumidor, si bien se reconoce dicha vinculación, se considera que se trata de dos infracciones de distinta naturaleza que afectan bienes jurídicos diferentes entre sí: “en el caso de las normas de publicidad comercial, se protege el valor que tiene ésta como mecanismo de información y como elemento que permite un correcto funcionamiento del mercado; mientras que, en el caso de las infracciones a las normas de protección al consumidor, se protege el derecho del consumidor a recibir un trato adecuado en todas las transacciones económicas que realice”<sup>32</sup>.

En relación con la vinculación existente entre la Ley de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal, además del hecho que la actividad publicitaria es una de las principales modalidades de competencia empresarial, tenemos que casi todas las infracciones publicitarias constituyen, directa o indirectamente, infracciones al principio de leal competencia que rige la actividad publicitaria. En efecto, una infracción al principio de veracidad (publicidad engañosa) o al principio de autenticidad (publicidad encubierta), constituyen también actos de competencia desleal ya que el anunciante infractor, además de engañar al consumidor, está compitiendo sobre la base de una conducta desleal y deshonesta, contraria a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de actividades económicas.

Lo que determina la aplicación de la Ley de Publicidad es si el acto o la conducta bajo investigación califica como “publicidad comercial”. En el supuesto que no califique como tal pero pueda constituir un acto de deslealtad en el mercado, el acto se analizaría con vista a la Ley de Competencia Desleal.

## **7. Propiedad Intelectual.-**

En materia de derechos de propiedad intelectual tenemos la Decisión 486 de la Comunidad Andina (Régimen Común sobre Propiedad Industrial) y el Decreto Legislativo 823 (Ley de Propiedad Industrial), la Decisión 351 de la Comunidad Andina (Régimen Común sobre Derechos de Autor y Conexos) y el Decreto Legislativo 822 (Ley sobre el Derecho de Autor). La aplicación de las mencionadas leyes está a cargo de la Oficina de Signos Distintivos, la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías y la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, respectivamente.

En virtud de la legislación de Propiedad Intelectual antes mencionada se puede obtener protección de las creaciones intelectuales que se encuentran en el ámbito de la industria y el comercio (propiedad industrial) y de las artes (derechos de autor)<sup>33</sup>, a través de la concesión de derechos temporales para su explotación en exclusiva.

Como elementos constitutivos de la propiedad industrial a los cuales se le otorga protección, la ley considera a las patentes de invención, los modelos de utilidad, esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados, diseños industriales, secretos empresariales, marcas de productos y servicios, lemas y nombres comerciales; y denominaciones de origen. Tratándose de la ley sobre derechos de autor, ésta tiene por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de los titulares de derechos conexos al derecho de autor.

La temática de la propiedad intelectual se interconecta con la defensa de la competencia y la tutela de los intereses de los consumidores. A pesar de otorgar monopolios temporales, las normas que protegen la propiedad intelectual benefician indirectamente a los consumidores pues fomentan la competencia: incentivan la

<sup>30</sup> Una excepción a esa afirmación sería, por ejemplo, la modalidad publicitaria ilícita denominada “publicidad abusiva o sexista”.

<sup>31</sup> Igualmente, una excepción a dicha afirmación podría encontrarse en los casos de publicidad denigratoria.

<sup>32</sup> Lineamientos, nota 26, p. 28.

<sup>33</sup> Kresalja, Baldo. “Los derechos intelectuales en el constitucionalismo peruano”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Lima 2005, p. 16.

competencia basada en la innovación tecnológica (y la creatividad artística) y aseguran la capacidad de diferenciación en el mercado<sup>34</sup>.

Igualmente, la legislación sobre propiedad intelectual presenta interrelaciones con la legislación que regula las otras disciplinas del Derecho Ordenador del Mercado. Así, tenemos por ejemplo que:

- Según el Decreto Legislativo 823, el ejercicio regular de los derechos de propiedad industrial no puede ser sancionado como práctica monopólica ni como acto restrictivo de la competencia<sup>35</sup>.
- Según la misma ley, los actos de competencia desleal contenidos en la Ley de Competencia Desleal que se refieran a un derecho de propiedad industrial serán considerados como infracciones a la propiedad industrial y susceptibles de las acciones por infracción previstas en el Decreto Legislativo 823<sup>36</sup>.
- En materia de marcas, la revisión del artículo 169 del Decreto Legislativo 823 y del artículo 155 de la Decisión 486 evidencia la similitud entre los hechos que podrían constituir actos desleales de confusión y explotación de la reputación ajena con las infracciones a los derechos de exclusiva de los titulares de marcas.
- Según la Ley de Protección al Consumidor, los proveedores son responsables por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos así como por la veracidad de la publicidad comercial de los productos<sup>37</sup>.
- Según la Ley de Publicidad, los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca o producto, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía<sup>38</sup>.

Como se puede apreciar, cada una de las leyes a las que hemos hecho breve referencia se nutren unas a las otras con las particularidades, claro está, que presenta cada disciplina. Y todas estas leyes tienen igual rol de importancia activa dentro del conjunto de intereses que se pretende proteger: el interés privado de los competidores, el interés colectivo e individual de los consumidores y el interés del Estado de preservar una economía de mercado.

<sup>34</sup> Ghidini, Gustavo. "Aspectos actual del Derecho Industrial. Propiedad intelectual y competencia". Granada 2002, p. 7.

<sup>35</sup> Artículo 5.

<sup>36</sup> Primera Disposición Complementaria.

<sup>37</sup> Artículo 8.

<sup>38</sup> Artículo 7.

## “EL ABOGADO DEL DIABLO”: EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES O GUBERNAMENTALES COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA<sup>39</sup>

Por: Alfredo Bullard, [abullard@bullardabogados.com.pe](mailto:abullard@bullardabogados.com.pe) y  
Alejandro Falla, [afalla@bullardabogados.com.pe](mailto:afalla@bullardabogados.com.pe)

### 1. INTRODUCCION

En un país imaginario, una empresa fue comprando poco a poco todas las tabacaleras hasta consolidar el 100% del mercado de cigarrillos. Los precios de los cigarrillos subieron hasta convertirse en los más caros de Sudamérica.

Ello generó oportunidades de negocio para potenciales entrantes. El monopolio ha hecho que se consuman menos cigarrillos dado que los precios elevados han reducido la cantidad demandada. Pero, a su vez, las ganancias del monopolio se han incrementado sustancialmente. Ello significa que a precios menores se puede vender mucho más, con márgenes de ganancia bastante atractivos.

Así, el monopolio siembra el incentivo de su propia destrucción, pues al incrementar los márgenes y generar una demanda insatisfecha, convierte la entrada al mercado en atractiva. De darse esa entrada, los consumidores verían no sólo un aumento de opciones sino una reducción de precios.

En ese contexto, en nuestro país imaginario, una transnacional anuncia su entrada al mercado de cigarrillos. Los periódicos dan cuenta de la compra de un terreno para la construcción de la nueva planta que en ocho meses comenzará a producir, lo que genera una gran expectativa en los medios y en los consumidores que abrigan la esperanza de mejores precios.

Pero los accionistas y funcionarios del monopolio entran en pánico. ¿Quiénes son estos entrantes que se atreven a desafiar su inversión de años en el país? Así, ven en peligro el dinero fácil, aquel que llega cuando el precio no está controlado por la competencia. El monopolio está en peligro, y si el riesgo se materializa se perderán varios millones.

De inmediato comienzan a diseñar estrategias comerciales nuevas. Algunas de ellas son legítimas, como reducir costos, mejorar la calidad, mejorar los canales de distribución, posicionar mejor sus marcas. Otras no son tan santas, como incrementar los costos del entrante con cláusulas de atadura o contratos de exclusividad, discriminación de precios, negativas a contratar con quien distribuya los cigarrillos de la competencia, y otros similares.

Pero todas, las buenas y las malas, tienen sus problemas. Cuestan dinero, reducen márgenes y, sobre todo, no garantizan que la nueva empresa no entrará. Finalmente sí puede hacer publicidad, desarrollar sus canales de distribución, bajar sus precios y destronar al monopolio.

Entonces uno de los funcionarios tiene una idea brillante: contratar un abogado.

El abogado evalúa la situación y llega a la conclusión que “hay mucho pan por rebanar”. Les ofrece iniciar tantos procedimientos legales que van a volver loco al entrante. Si la estrategia es tan exitosa que lo espanta cobrará un jugoso honorario de éxito. Pero incluso, si no lo lograra, podrá cobrar un bono por cada mes que consiga retrasar la entrada del intruso. Finalmente, con los márgenes que se están ganando, cada mes de atraso es mucho dinero.

La idea es buena y efectiva. No importa ganar los casos. Se trata de elevar los costos del entrante. Y el mecanismo es mucho más efectivo que las prácticas comerciales. El monopolio del Estado en las decisiones públicas no le deja al entrante otra alternativa que litigar y defenderse en un campo en el que los plazos y las medidas legales le asfixian su desarrollo. No es como cuando le cierras un canal de distribución y el entrante puede, es cierto que a mayor costo, buscar otro. En este caso o litigas, o litigas. La estrategia es diabólica y para ello necesitas al abogado del diablo, capaz de defender lo indefendible y no ponerse rojo en el esfuerzo. Pero a ello se suma una defensa que se alza como un aparente bastión inexpugnable: el derecho de acción o el derecho

<sup>39</sup> "Trabajo publicado originalmente en *ius et veritas*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú. En: *ius et veritas*. Año XV. Número 30. Lima, junio de 2005. pp. 40-51."

de petición. Así, es un derecho fundamental de las personas el que no se le impida solicitar a las autoridades que se pronuncien sobre algo, sin importar qué tan descabellado es el pedido. Así, el abuso del derecho de acción o del derecho de petición es bastante difícil de determinar, y sobre todo de frenar, sin que surja la idea que frenarlo es la violación de un derecho fundamental del accionante o del peticionante.

Mientras tanto, el entrante ni se imagina lo que le espera. Un buen día, días previos al inicio de la obra de construcción de la fábrica, el vecino de la esquina (que aparentemente no tiene nada que ver con el monopolio) invade una parte del terreno reclamando que siempre fue poseedor del mismo. Cuando en un acto de defensa posesoria lo retiran del terreno, interpone un interdicto de retener. Es una locura, pero igual hay que defenderse.

Cuando se creía que ello no era más que un incidente aislado, nuevas invasiones (con sus respectivos interdictos) comienzan a caer por doquier. Todo el vecindario parece reclamar la posesión de lo que, hasta hace unos días, era solo un pacífico terreno baldío. Pero las cosas no quedan allí.

Otro grupo de vecinos interpone acciones de amparo en defensa del medio ambiente, y hasta una ONG misteriosa, constituida oscuramente unos días antes, decide debutar en la protección al medio ambiente con una acción contra la nueva tabacalera. Sus integrantes no son sino un conjunto de abogados de perfil bajo, desconocidos por completo en el mundo de los ambientalistas.

Mientras tanto unos estudiantes de Derecho, que viven al otro lado de la ciudad, con notas paupérrimas que muestran un rendimiento académico mediocre y que nunca llevaron un curso de ambiental, se suman con nuevas acciones judiciales que, en defensa del medio ambiente, cuestionan la instalación de la nueva planta. Las demandas se refieren a generalidades, carecen de toda base, pero igual hay que contestarlas y defenderse. A veces, hasta obtienen medidas cautelares.

En paralelo, se presentan solicitudes pidiendo la nulidad del cambio de zonificación, ocurrido hace años, del terreno y que permitía su uso industrial. Ante la negativa de las autoridades municipales de hacerles caso, los solicitantes denuncian penalmente a cuanto funcionario se les cruza, e incluyen a los funcionarios de la empresa entrante, que ni siquiera participaron en el cambio de zonificación que fue efectuado por el anterior propietario.

A los hechos se suman interminables acciones de todo origen: obstáculos legales a la licencia de construcción, a la licencia de funcionamiento, nuevas acciones penales por usurpación, medidas cautelares suspendiendo los procedimientos de licencias, etc., etc., etc.

La empresa entrante, que esperaba dedicar los primeros meses en el Perú a planear su producción y entrada al mercado, se encuentra envuelta de pronto en más de 25 juicios de los más diversos calibres, con “piedras” disparadas de diversos ángulos, algunas con manos visibles, pero la mayoría, el verdadero “lanzapedras”, aparece oculto en un anonimato de identidad evidente. Las reuniones con abogados se convierten en el pan de cada día y entre las distracciones, los costos involucrados y, sobre todo, los obstáculos que las acciones generan, no hay tiempo para pensar en cómo prepararse a competir.

Durante los procesos se descubren coincidencias asombrosas. Los textos de muchas de las demandas son idénticos, a pesar de ser presentados por personas diferentes que, en muchos casos, no se conocen. Los cruces de nombres de abogados son claros. Las pruebas encontrarían luego el vínculo con la tabacalera monopólica y su ya ahora famoso abogado.

Pero la vida no deja de darte sorpresas. Un buen día el encargado de marcas de la empresa entrante se encuentra con publicaciones en el Diario Oficial en las que sus marcas, o unas muy similares a las de sus productos, aparecen solicitadas por la empresa monopólica, con la evidente intención de bloquear su entrada. En el colmo de la audacia, solicitan la inscripción de la forma de la cajetilla de cigarros (sí, la común, la rectangular que usted puede tener en su bolsillo) con el argumento de que es una forma “que ellos crearon y han posicionado en el mercado”.

En paralelo, la empresa monopólica ha comenzado gestiones ante las autoridades para generar una nueva norma técnica que establece una forma de producir cigarrillos que desfasa el proceso innovador de producción creado por el entrante, con lo cual atacan una ventaja competitiva, lo que obliga al inicio de gestiones y acciones judiciales para frenar el despropósito.

Mientras tanto, denuncias “de terceros” ante las autoridades aduaneras consiguen frenar la importación de los equipos que se traían para la fábrica, consiguiendo apreciables retrasos en la construcción.

A pesar de que la empresa entrante tiene éxito en la mayoría de acciones que enfrenta, principalmente porque éstas carecen de fundamentos o se tratan de despropósitos absolutos, el desgaste y el retraso se hace notorio, y el retraso en entrar también. Todo plazo de entrada al mercado es devorado por procesos judiciales y administrativos. Los funcionarios de la nueva empresa ya no saben qué contestar cuando los periodistas les preguntan cuándo podrán fumar sus cigarrillos.

Los amparos e interdictos son uno a uno archivados, declarados improcedentes o simplemente caen en el abandono. Los temas marcarios van siendo descartados por la autoridad, pero originan procesos contenciosos administrativos o amparos en los que se dictan medidas cautelares que prohíben al entrante usar sus propias marcas. Y en el colmo del despropósito, luego que les niegan tres veces la inscripción de la forma de la cajetilla de cigarrillos, consiguen que un juez inmovilice las cajetillas listas para ser usadas en el proceso productivo del entrante alegando que, a pesar de la negativa, la forma rectangular de la misma es suya.

Y a ello se suman acciones por competencia desleal, supuestas violaciones publicitarias, denuncias de consumidores por los riesgos del cigarrillo (curiosamente sólo contra la entrante), etc.

El fin de la historia podría ser que la empresa entrante “tire la toalla” y desista de la inversión, o que continúe y entre varios meses (o años) después de cuando debió haber entrado, obligando a los consumidores a pagar el margen monopólico por todo ese tiempo. En ese juego sólo ganó el monopolio y, por supuesto, el abogado del diablo.

¿Le suena conocida la historia? En todo caso, cualquier parecido con la realidad es mera coincidencia. Pero, en este caso las coincidencias son relativamente comunes en un país como el Perú, donde la debilidad de las instituciones y su falta de predictibilidad son terreno fértil para las andanzas del abogado del diablo.

La moraleja de la historia es que, si quiere impedir la competencia, contrate un abogado.

En el presente artículo vamos a comentar un remedio relativamente poco conocido a problemas como los de nuestro ejemplo: el uso de las normas de libre competencia. Así, la doctrina y la práctica jurisprudencial nacional y extranjera han amparado en numerosas ocasiones denuncias dirigidas a frenar y sancionar el accionar del abogado del diablo.

De hecho, no es extraño que las normas de libre competencia entren en su aplicación en conflicto con derechos fundamentales (como ocurre en este caso con los derechos de acción y petición) cuando se abusa de ellos. Las normas de competencia suelen poner límites al ejercicio de derechos como la propiedad, la libre contratación o la libre empresa. Pero, sin duda, los encuentros no son pacíficos y no están libres de un alto grado de controversia.

## **2. EL INCREMENTO DE COSTOS DE ACCESO MEDIANTE PROCESOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS**

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios.

Como una técnica de predación, el litigio fraudulento es un mecanismo deliberadamente usado para incrementar los costos de acceso al mercado de un potencial entrante (“*raising rival’s costs*”<sup>40</sup>). Los gastos en complicados litigios pueden desincentivar el acceso al mercado de algunas empresas o simplemente retrasar su entrada al mercado, enviando además el mensaje a otros potenciales entrantes de las consecuencias del intento de participar en el mismo mercado. En cualquiera de los casos, la empresa establecida logra, a través de su estrategia, distorsionar el desarrollo de la competencia en el mercado.

<sup>40</sup> Para un mayor detalle Ver: SALOP, S. y D. SCHEFFMAN. “Raising Rival Costs” En: American Economic Review No. 73. 1983.



Del mismo modo, el ejercicio fraudulento del derecho de petición ante alguna instancia del gobierno para el establecimiento de una determinada regulación, con el propósito deliberado de establecer barreras que limiten el acceso al mercado a otras empresas o que limiten la capacidad de operación de algunas de las empresas que actúan en el mercado, constituye también una estrategia predatoria.

Refiriéndose a este mecanismo de predación, el profesor Robert Bork ha señalado que la probabilidad de que se dé este tipo de práctica anticompetitiva es muy alta, y las pérdidas anuales agregadas para los consumidores derivadas de las mismas, suelen también ser bastante elevadas. Así, el referido autor señala:

***“La profusa creación moderna de tales autoridades gubernamentales ofrece alternativas casi ilimitadas para el abuso. Estas se rankean desde la corrupción de funcionarios hasta formas más sutiles de influencia impropia sobre dichos funcionarios. Sin embargo, vamos a concentrarnos aquí, principalmente, en la oposición a la entrada al mercado por medio de instituciones administrativas y judiciales. Como una técnica de predación, el litigio ficticio es teóricamente una de las más promisorias. Litigar, sea frente a una agencia o una corte, puede ser diseñado de manera tal que los gastos para cada una de las partes sean más o menos los mismos. Sin embargo, si, como es usual, la parte buscando entrar en el mercado tiene la carga de avanzar con las pruebas, los gastos de litigio podrían ser más altos para ella. (...) En consecuencia, la empresa resistiendo la entrada al mercado por medio de litigio ficticio puede imponer costos iguales o superiores sobre el entrante y, si este tiene mayores o incluso las mismas reservas, puede tener la posibilidad de agotar al potencial rival.”***<sup>41</sup>

El asunto se agrava si se tiene en cuenta que mientras el entrante pelea para obtener ganancias competitivas, derivadas del precio resultante de su entrada, el monopolista pelea para defender su ganancia monopólica, la que es evidentemente superior a la que obtendrá el entrante de tener éxito en su objetivo. Mientras uno pelea por competir, el otro pelea para mantener su monopolio. El “premio” para el éxito de esta batalla legal no es el mismo, no es simétrico. Por tanto, el monopolista está dispuesto a gastar mucho más recursos en su objetivo de impedir o retrasar la competencia. Incluso, no importa el nivel de recursos disponibles para cada una de las partes. Lo que alguien está dispuesto a invertir en un negocio está en relación al cálculo de sus flujos futuros en dicho negocio. El entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo, mientras que el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopólico. Por ello está dispuesto a invertir más.

<sup>41</sup> Traducción libre del siguiente texto: “(...) The modern profusion of such governmental authorities offers almost limitless possibilities for abuse. They range from outright bribery to much subtler forms of improper influence upon officials. We will focus here, however, primarily upon oppositions to market entry before administrative and judicial institutions. As a technique for predation, sham litigation is theoretically one of the most promising. Litigation, whether before an agency or a court, can often be framed so that the expenses to each party will be about the same. Indeed, if, as usual, the party seeking to enter the market bears the burden of going forward with evidence, litigation expenses may be much heavier for him. Expenses in complex business litigation can be enormous, not merely in direct legal fees and costs but in the diversion of executive time and effort and in the disruption of the organization’s regular activities. Thus, the firm resisting market entry through sham litigation can impose equal or greater costs upon to entrant and, if it has greater or even equal reserves, may be able to outlast the potential rival. This tactic is likely to find unqualified success only against smaller firms, since the costs of litigation must loom large relative to reserves if the firm is to be driven out. The tactic may be successful against larger firms if the costs are large relative to expected profits in a small market.

The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for it may be worth the price of litigation then becomes to purchase a delay of a year or several years in a rival’s entry into a lucrative market. In such cases, successful predation does not require that the predator be able to impose larger costs on the victim, that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of these requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes.

This mode of predation is particularly insidious because of its relatively low antitrust visibility. The enforcement agencies have been preoccupied with the mythical dangers of mergers, vertical restraints, and price cutting. The fact many battles fought before agencies like local zoning boards are designed to preclude market entry does not come to their attention. Since much of this predation occurs at local levels through misuse of state and municipal procedures, the victims are often small businessmen with no, or very little, idea of the possible protection afforded by the antitrust laws.” Bork, Robert H.; “The Antitrust Paradox” 1993. P. 347-348

A esto se agrega por un lado, que la empresa monopólica, por estar establecida y operando en un mercado, cuenta con una red de vinculaciones que de alguna u otra forma, le facilitan llevar adelante sus encubiertos propósitos de evitar la competencia.

Es, por tanto, una lucha desigual en la que el monopolista tiene todo que ganar y el entrante todo que perder. Ello explica por qué, el efecto anticompetitivo es mucho mayor y claro cuando es desarrollado por una empresa con posición de dominio en el mercado que abusa de tal posición. Ello, como consecuencia de la diferencia de incentivos y recursos disponibles entre el monopolista y el entrante. Y es ello lo que hace saludable la intervención de la agencia de competencia, justamente para contrarrestar estas diferencias y “allanar la cancha” para una competencia justa.

## 2. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y PETICIÓN.

Si bien es cierto que una empresa puede legítimamente tratar de influir a los organismos públicos o a los jueces para que adopten decisiones que le beneficien directamente -a través de una petición que busca la adopción o modificación de una regulación determinada, o mediante una denuncia o demanda que busca la aplicación de un dispositivo determinado-, cuando dicha conducta carece de fundamento legal o no resulta razonable y tiene el deliberado propósito de distorsionar la competencia -por ejemplo, retrasando o encareciendo el costo de acceso al mercado de otros competidores-, dicha conducta constituye una práctica predatoria.

Sobre el particular, Francisco Hernández Rodríguez<sup>42</sup> señala:

*“En los Estados Unidos, donde la jurisprudencia relativa a estas prácticas es muy rica, el Tribunal Supremo llegó a establecer la inmunidad de este tipo de conductas en el Derecho Antitrust con excepción de aquellas que dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir las relaciones comerciales de un competidor”* (el subrayado es nuestro)

Y es que, si bien es cierto que en una sociedad democrática existe el derecho de cualquier ciudadano de formular peticiones a las autoridades gubernamentales con el objeto de obtener o alcanzar algún beneficio con la regulación que ellos aprueben, de ello no se deriva el derecho de los ciudadanos o agentes económicos de formular peticiones cuyo único propósito sea el perjudicar a su competencia. Ello claramente constituiría un abuso del derecho constitucional de petición, tal como lo señala Vega-Penichet López:

*“Si el ejercicio de una acción judicial sin ‘iusta causa litigantis’ puede constituir, en general, un abuso contrario al derecho es lógico pensar que cuando tal acción se realice por una empresa con posición de dominio y produzca efectos anticompetitivos en el mercado español, tal actuación podrá constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 6 de la Ley 16/89.”*<sup>43</sup> (el subrayado es nuestro)

Siendo ello así, como lo destaca Álvarez Carreño, sancionar a una empresa que usa estas estrategias para obstruir el desarrollo de la competencia en un mercado determinado, no vulneraría ningún derecho constitucional de los agentes afectados:

*“(…) en el caso que el ejercicio del derecho de petición no represente un genuino ejercicio de derechos para la participación política de los ciudadanos, en el sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho constitucional supone una mera excusa*

<sup>42</sup> Hernández Rodríguez, Francisco. “Precios Predatorios y Derecho Antitrust” Editorial Marcial Pons, Madrid 1997. p. 60.

<sup>43</sup> Vega-Penichet Lopez, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”. En Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia. p. 29.

*para infringir daños a un competidor en el mercado, en ese caso, entrará en juego la excepción por fraude. En definitiva, no estaríamos en presencia del ejercicio de ningún derecho constitucional sino en presencia de una actividad contraria al principio de libre competencia sancionado por la legislación antitrust.*<sup>44</sup> (el subrayado es nuestro)

No puede confundirse el ejercicio del derecho de petición con el abuso de tal derecho. En ese sentido, la frontera es clara, tal como señala Santiago M. Álvarez Carreño:

*“La frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos”*<sup>45</sup>.

Y complementando esto último el mismo autor señala:

*“En este sentido, cuando los particulares se hayan implicado en actividades notoriamente corruptas, tales como sobornos o falsedades, o cuando hayan utilizado los procedimientos legales con el objeto de dañar a sus víctimas, sus competidores económicos, y no para conseguir la reparación o resolución que el procedimiento invocado podría ofrecerles, se verán desprovistos de la protección que el ejercicio del derecho de petición ofrece (“sham exception”)”* (el subrayado es nuestro)<sup>46</sup>.

Dicho de otra manera, la utilización de los procedimientos gubernamentales con propósitos anticompetitivos no se encuentra cubierta con la inmunidad que se deriva del ejercicio regular de los derechos constitucionales de acción y petición. Sostener lo contrario implicaría no sólo desnaturalizar el derecho de petición mismo, sino además, implicaría el otorgamiento de una protección indebida a conductas cuyo desarrollo debería ser desincentivada.

El asunto se hace aún más grave cuando quien desarrolla la práctica no da la cara, sino actúa mediante terceros que aparentemente representan sus propios intereses, pero en realidad defienden los intereses de la empresa que ya está en el mercado. La gravedad de la práctica se deriva del hecho que justamente la actuación “tras bambalinas” indica la intención no sería de la acción, pues lo que se busca en realidad es proteger un interés distinto al que las acciones utilizadas buscan proteger. En estos casos no estamos sólo frente al caso de ejercicio abusivo por parte del monopolista de su propio derecho de petición, sino ante el uso indebido e ilegítimo del derecho de petición de terceros, que actúan manipulados por un monopolista que no da la cara, es decir, que “lanza la piedra y oculta la mano”, tras la apariencia de otros que, supuestamente, actúan independientemente, pero que en realidad son títeres del primero. Ello agrava la situación, muestra más claramente el carácter abusivo de la conducta y refleja que constituye un indicio adicional de su carácter ilícito, pues si fuera lícita la conducta no habría razones para ocultarse tras la cara de terceros. La forma como se actúa (a escondidas) muestra la conciencia de la empresa de la ilegitimidad e ilicitud de las acciones que se realizan.

Así, de demostrarse que terceros actúan manipulados por la empresa y en interés de esta, alegando aparentes intereses de terceros, la confusión entre el interés legítimo y el ilegítimo desaparece, y queda claro que la intención es limitar la entrada del competidor. Así, por ejemplo, si terceros inician acciones ambientales, alegando su interés de que el medio ambiente sea defendido, y se descubre que en realidad no son esos terceros los que actúan, sino que es una empresa competidora quien organiza, prepara, financia y subrepticamente ejecuta las aparentes acciones ambientales, entonces el argumento de la legitimidad de la acción desaparece. La principal prueba de ello es la propia actitud de la empresa de ocultarse en las acciones de otros, lo que muestra su intención de ocultar cuáles son los verdaderos intereses que la motivan. Es su actividad subrepticia la que demuestra la ilegitimidad de su conducta y por tanto deja en evidencia el carácter abusivo de su acción.

<sup>44</sup> Álvarez Carreño, Santiago M. “El Derecho de Petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense.” Granada, 1999. p. 358-359.

<sup>45</sup> Álvarez Carreño, op cit. p. 362.

<sup>46</sup> Álvarez Carreño, op cit. p. 346.

### 3. LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

La utilización fraudulenta o abusiva de procedimientos gubernamentales, definida por la Corte Suprema Norteamericana como acciones *"dirigidas de forma ostensible a influenciar la acción del gobierno, [que] sean una mera apariencia para encubrir lo que no es más que un intento de interferir en las relaciones comerciales de un competidor"*<sup>47</sup>, constituye una conducta que ha sido tipificada y sancionada como una práctica predatoria por diversas jurisdicciones.

En el marco de la discusión sobre los límites de la inmunidad respecto de la aplicación de la regulación de competencia a ciertas conductas que involucran la formulación de peticiones a diversas reparticiones del gobierno, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha declarado la existencia de ciertas circunstancias en las que la utilización de los procesos gubernamentales o legales no debe quedar exenta de la aplicación de las normas *antitrust* – la denominada *"sham exception"*, doctrina establecida en el caso *Noerr*<sup>48</sup>.

En este caso un grupo de transportistas denunció a un grupo de empresarios ferroviarios por haber transgredido las normas de libre competencia. Dicha trasgresión se habría producido como consecuencia de una campaña publicitaria desarrollada por las empresas ferroviarias cuyo objetivo era que los transportistas pagasen mayores impuestos y que el Gobierno adopte ciertas modificaciones respecto de la regulación del transporte, como, por ejemplo, respecto del peso de carga permitido. Los denunciantes señalaron que la actuación de los empresarios ferroviarios tenía como verdadero objetivo el monopolizar el transporte de carga de larga distancia intentando por ello que se logren modificaciones a la regulación existente.

Si bien en este caso la Corte Suprema Norteamericana resolvió que no se había producido ninguna violación de la *Sherman Act*, ésta estableció claramente que los derechos de acción y petición no siempre servirán como una protección a la aplicación de la *Sherman Act*, pudiendo sancionarse aquellos supuestos en los cuales el ejercicio de tales derechos sea una ficción usada para limitar la competencia.

Así, en la sentencia del caso *Noerr*<sup>49</sup> la Corte señaló lo siguiente:

***"Pueden presentarse situaciones en las que una campaña publicitaria orientada a influir en la acción pública, sea solamente un fraude para encubrir lo que en realidad es un intento de interrumpir directamente en las relaciones comerciales de un competidor y, en ese caso, la aplicación de la Sherman Act resultaría justificada"***.

Un caso que va en la misma línea es *California Motor Transport Co. vs. Trucking Unlimited*. En dicho caso "...catorce empresas de transportes por automóvil (*motor carriers*) demandaron a otras diecinueve porque éstas habían conspirado para monopolizar el negocio en el transporte de mercancías mediante la iniciación de procedimientos administrativos y judiciales, ante instancias tanto estatales como federales, con el fin de oponerse a las solicitudes de los demandantes para obtener la concesión de derechos de transporte en el estado de California. El Tribunal Supremo, rechazando los argumentos según los cuales la doctrina establecida en *Noerr* sólo protege el ejercicio del derecho de petición ante el Legislativo o el Ejecutivo pero no ante los tribunales ni ante órganos administrativos decisorios (*adjudicative bodies*), estableció claramente, que "...mantener grupos con intereses comunes no podrían, sin violar las leyes *antitrust*, utilizar los canales y procedimientos de las agencias estatales y federales para defender sus asuntos y puntos de vista en relación a la resolución de sus intereses con respecto a sus competidores destruirá los derechos de asociación y de petición".<sup>50</sup>

En el fallo se estableció como principio que:

***"Los intereses protegidos por la Primera Enmienda en relación con la litigiosidad privada no se defienden cuando el litigio está fundado en falsedades intencionales o en reclamaciones conscientemente frívolas. Más"***

<sup>47</sup> *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* 365 US 127 (1961).

<sup>48</sup> 365 U.S. 127 (1961).

<sup>49</sup> Traducción libre del siguiente texto: "There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationship of a competitor and the Sherman Act would be justified."

<sup>50</sup> 404 U.S. 508 (1972) Citado por Álvarez Carreño, op cit. p. 359, 343.

*allá, toda vez que el litigio fraudulento no incluye, por definición, un reclamo de buena fe no se encuadra en el derecho de petición de los ciudadanos de la Primera Enmienda”<sup>51</sup>.*

Adicionalmente, en el referido caso la Corte Suprema señaló:

*“(…) las conductas inmorales en el proceso tienen como resultado frecuente la imposición de sanciones. El falso testimonio de testigos es un ejemplo. El uso de una patente obtenida mediante fraude para excluir a un competidor del mercado puede implicar una violación de las leyes de competencia (...) El soborno de un funcionario público encargado de otorgar una licencia con la finalidad de eliminar a un competidor puede constituir igualmente una infracción a las normas de libre competencia. (...) Existen otras formas de prácticas ilegales y reprimibles que pueden corromper los procedimientos administrativos o los procesos judiciales y que pueden resultar en violaciones a las normas de competencia”<sup>52</sup>.*

Así, las Cortes Americanas han determinado que las conductas que impliquen el desarrollo de actividades corruptas -como por ejemplo el soborno, declaraciones falsas<sup>53</sup> o, en general, la utilización de los procedimientos gubernamentales con el deliberado propósito de causar daño a un competidor más que para alcanzar la satisfacción de un derecho determinado, no serán comprendidas dentro de la inmunidad respecto de la aplicación de la regulación de competencia (Caso *Noerr*). Dichas conductas amenazan el funcionamiento de ciertas instituciones públicas y de manera alguna puede merecer la inmunidad contra el derecho de la competencia.

La jurisprudencia europea se enmarca dentro del mismo criterio. En una reciente resolución, el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea confirmó el criterio asumido por la Comisión de la Comunidad Europea en el sentido que -bajo determinadas circunstancias- el inicio de procedimientos judiciales por una empresa con posición de dominio puede configurar una infracción a la regulación de competencia –artículo 86 del Tratado de Roma-<sup>54</sup>.

En el caso, la empresa Belgacom S.A. contaba con la exclusividad en la prestación del servicio de telefonía fija en Bélgica. Durante más de 20 años Belgacom mantuvo una relación comercial con la empresa ITT Promedia NV, en virtud de la cual la autorizaba a editar sus guías telefónicas. Dicha relación comercial concluyó en el año 1994, con la decisión de Belgacom de editar sus propias guías telefónicas. En este contexto, ITT Promedia NV planteó una denuncia en contra de Belgacom por haber entablado con temeridad una serie de acciones judiciales en su contra ante los tribunales belgas, los mismos que tenían como finalidad hostigarla e impedir su mantenimiento en el mercado.

En la resolución sometida a revisión por la Corte, la Comisión estableció (mayo de 1996)<sup>55</sup>, las circunstancias en las que el ejercicio de una acción judicial por una empresa en posición de dominio constituye un abuso de posición dominante. Para la Comisión:

*“(…) el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que la empresa en posición dominante ejercite acciones judiciales: (i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto*

<sup>51</sup> Ibid, loc cit.

<sup>52</sup> California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited et al. 404 U.S. 508 Traducción libre del siguiente texto: “(...) unethical conduct in the setting of the adjudicatory process often results in sanctions. Perjury of witnesses is one example. Use of a patent obtained by fraud to exclude a competitor from the market may involve a violation of the antitrust laws (...) Conspiracy with a licensing authority to eliminate a competitor may also result in an antitrust transgression. (...) There are many other forms of illegal and reprehensible practice which may corrupt the administrative or judicial processes and which may result in antitrust violations.”

<sup>53</sup> Israel vs. Baxter Laboratorios Inc. – sentencia del tribunal de Columbia - 466 F2d 272 (D.C. Cir. 1972)

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. ITT Promedia NV contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96.

<sup>55</sup> Decisión no publicada en el DOGE, relativa a la denuncia IV735.268 presentada el 20 de Octubre de 1994 por ITT Promedia NV, comunicada a la demandante mediante carta de 21 de Mayo de 1996.

**hacer valer sus derechos y que, por tanto, solo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y (ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia.**

En primer lugar, la Corte resaltó la importancia de garantizar el derecho de acción de los ciudadanos y el carácter excepcional de la práctica. Así, en el párrafo 60 de la resolución señaló lo siguiente:

***“En primer lugar, debe subrayarse, como lo ha hecho con acierto la Comisión, que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartados 17 y 18). Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado.”***

Posteriormente la resolución se limitó a evaluar si los criterios anotados (es decir, en primer lugar que no sea razonable estimar que se está tratando de ejercer los derechos que la acción en concreto debería tutelar y, en segundo lugar, que es parte de un plan dirigido a afectar la competencia) habían sido correctamente aplicados por la Comisión a los hechos materia del proceso.

En ese sentido, comentando la Resolución de la Comisión, la Corte señaló lo siguiente:

***“55. Pues bien, por una parte, la Comisión explica que, para poder determinar los casos en que tal acción judicial es abusiva, estableció dos criterios acumulativos en la decisión impugnada: es preciso, en primer lugar, que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria y, en segundo lugar, que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia (en lo sucesivo, «dos criterios acumulativos de la Comisión» o «dos criterios acumulativos»).***

De esta manera, la Corte ratificó la posibilidad de sancionar como una práctica anticompetitiva el inicio de procedimientos judiciales que forman parte de una estrategia predatoria destinada a eliminar del mercado a un competidor.

Por su parte, el Tribunal de Competencia Canadiense en el asunto “Laidlaw” (*Director of Investigation and Research vs Laidlaw Waste Systems Ltd*) calificó de abuso de posición dominante la conducta consistente en la amenaza y/o interposición de acciones judiciales sin justificación alguna con la finalidad de incrementar costos de transacción a sus competidores y de facilitar una clara señal al mercado de que haría lo mismo con cualesquiera nuevos entrantes<sup>56</sup>.

En su resolución, el Tribunal Canadiense (*Reason for Order*)<sup>57</sup> señaló lo siguiente:

<sup>56</sup> Vega Penichet Lopez, Luis. Op cit. p. 28.

<sup>57</sup> CT-91/2. The Director of Investigation and Research vs. Laidlaw Waste Systems Ltd. (20/01/2002). Traducción libre del siguiente texto: “No one can read the evidence concerning the use Laidlaw made of litigation and the threat of litigation in this case without a sense of outrage. The respondent used its vastly larger size and economic resources together with the threat of litigation to prevent customers from switching to competitors. It commenced spurious litigation and threatened litigation against its competitors to drive or attempt to drive them out of business by raising their costs of doing business. This is certainly predatory behavior. [...] It would be hoped that when courts become aware of this kind of oppressive use of the legal system they would at the very least be prepared to award costs to the defendant on a full indemnity basis.”

*“Nadie puede apreciar la evidencia existente respecto del uso del litigio y su amenaza sin tener una sensación de indignación. El demandante usó su mayor tamaño y sus recursos económicos junto con la amenaza del litigio para prevenir el cambio de sus clientes hacia sus competidores. Inició litigios fraudulentos y efectuó amenazas de litigio contra sus competidores a fin de eliminarlos o intentar eliminarlos del mercado mediante el incremento de sus costos de negocio. Éste es definitivamente un comportamiento predatorio. [...] Sería esperable que cuando una corte tome conocimiento de este tipo de utilización opresiva del sistema legal ella debería, cuando menos, estar preparada para otorgar al defendido la completa indemnización de sus gastos.”* (el subrayado es nuestro)

Si algo queda claro de la revisión anterior es que, de manera consistente, distintas jurisdicciones han sancionado y vienen sancionando la utilización indebida de procesos judiciales como una práctica anticompetitiva. No es pues un estándar ajeno, la práctica común en las jurisdicciones muy avanzadas de la aplicación, tanto de los derechos fundamentales al debido proceso y derecho de acción y petición, de una parte, como la aplicación de las normas de libre competencia, de la otra.

#### 4. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA PERUANA

En lo que se refiere a la legislación y jurisprudencia nacional, existen varios procedimientos en los que expresamente se ha reconocido como una práctica sancionable la utilización indebida de procedimientos judiciales.

Un ejemplo es la Resolución N° 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1995, que resuelve la denuncia presentada por LEBAR S.A. en contra de Asesoría Comercial S.A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia cometidas en el proceso de instalación de la estación de servicios de propiedad de la primera.<sup>58</sup>

En el caso de referencia, LEBAR suscribió un contrato de concesión con la Municipalidad de Lima Metropolitana para la construcción y explotación, en un terreno de su propiedad, del proyecto denominado “La Alameda de Javier Prado”, que incluía entre otros la construcción de una estación de servicios para la venta de combustibles.

En dicho contexto, la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú - AGESP presentó una serie de recursos tanto a las Municipalidades de Lima y La Victoria como a la Dirección General de Hidrocarburos con el propósito de evitar que se construya el grifo de LEBAR.

En marzo de 1995, LEBAR denunció a Asesoría Comercial S.A., propietaria de diversos grifos en Lima, y a AGESP por haber concertado entre sí y con distintas empresas y entidades para iniciar diversas acciones judiciales y administrativas con el propósito de impedir la instalación y puesta en funcionamiento del grifo de LEBAR.

En su Resolución la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI señaló expresamente:

*“(...) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia –Decreto Legislativo 701 –.”*

<sup>58</sup> En el caso de referencia LEBAR suscribió un contrato de concesión con la Municipalidad de Lima Metropolitana para la construcción y explotación, en un terreno de su propiedad, del proyecto denominado “La Alameda de Javier Prado”, que incluía entre otros la construcción de una estación de servicios para la venta de combustibles.

En dicho contexto, la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú - AGESP presentó una serie de recursos tanto a las Municipalidades de Lima y La Victoria como a la Dirección General de Hidrocarburos con el propósito de evitar que se construya el grifo de LEBAR.

En marzo de 1995, LEBAR denunció a Asesoría Comercial S.A., propietaria de diversos grifos en Lima, y a AGESP por haber concertado entre sí y con distintas empresas y entidades para iniciar diversas acciones judiciales y administrativas con el propósito de impedir la instalación y puesta en funcionamiento del grifo de LEBAR.

En dicha oportunidad, la Comisión identificó el “abuso de procedimientos gubernamentales” como la utilización deliberada de dichos procedimientos con el único propósito de impedir o retrasar el acceso al mercado de otros competidores –“(…) *la intención de utilizar los procedimientos gubernamentales con el único propósito de suprimir la competencia, impidiendo el acceso al mercado de LEBAR;*”–. De dicha definición se puede extraer que el factor que determinaría la ilegalidad de la práctica es la “intención predatoria” de quien utiliza los procedimientos gubernamentales.

En cuanto a lo que debe entenderse por “procedimientos gubernamentales”, la Comisión señaló de manera explícita que se encuentran comprendidos dentro de dicha definición los procedimientos administrativos y judiciales. En el mencionado caso se analizaron una serie de procedimientos y acciones adoptadas por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas. Entendemos así que, dentro del concepto de “procedimientos gubernamentales” encontramos todos aquellos procedimientos –por excelencia los procedimientos judiciales, más no sólo ellos– en los que el Estado adjudica o retira derechos a los particulares.

Finalmente, tal y como habría sido definida por la Comisión, entendemos que el ‘abuso de procedimientos gubernamentales’ es una práctica que en principio no requeriría que la empresa que desarrolla la práctica cuente con poder de mercado –en el procedimiento mencionado se analiza dicha práctica en relación a una empresa que carece de una posición de dominio en el mercado-. Sin embargo, entendemos que la existencia de posición de dominio, si bien no es un factor determinante para la configuración de la infracción, es un factor que puede determinar en gran medida las posibilidades de éxito de la práctica, así como la gravedad de sus efectos en el mercado. A nuestro entender, el uso de una estrategia predatoria de este tipo es mucha más seria y requiere una intervención mucho más enérgica de la autoridad, cuando quien la desarrolla cuenta con posición de dominio en el mercado.

En un pronunciamiento reciente, la Sala de Defensa de la Competencia ha tenido oportunidad de analizar la utilización indebida de los procesos gubernamentales como parte de una estrategia anticompetitiva.

Se trata de la Resolución No. 131-2003/TDC-INDECOPI, recaída en el procedimiento seguido por Maersk Perú S.A. contra la Asociación Peruana de Prácticos Marítimos y otros por prácticas restrictivas de la libre competencia. En dicha oportunidad, el denunciante argumentó que las empresas denunciadas habrían ejercido presión o intimidación sobre determinados agentes para el logro de determinados objetivos anticompetitivos mediante el ejercicio de acciones judiciales (acciones de amparo y penales).

En dicha resolución, la Sala dejó a salvo el derecho de acción de los administrados pero en forma alguna rechazó la posibilidad de que se cometan prácticas anticompetitivas en abuso de dicho derecho. Así, con referencia a la denuncia señaló que:

***“La acusación (...) está relacionada con un presunto ejercicio abusivo del derecho de acción por esta última empresa. Cabe señalar que, el abuso del derecho no se encuentra amparado por el ordenamiento nacional sino, más bien, es rechazado y se encuentra prohibido”<sup>59</sup>.***

Luego de dejar a salvo el derecho de acción de los administrados así como los límites de dicho derecho, al evaluar “*el presunto uso de mecanismos intimidatorios para el mantenimiento de una "Decisión" (...) lo cual produciría una distorsión en el grado de competencia en dicho mercado*”, la Sala reconoció la posibilidad de establecer una sanción a las conductas que impliquen el uso abusivo de acciones judiciales como estrategia anticompetitiva.

Así, la Sala expresamente señaló lo siguiente:

***“El Decreto Legislativo N° 701 es una norma promotora de la libre competencia. La competencia es un bien jurídico protegido directamente por el ordenamiento nacional, por ello, el espíritu del Decreto Legislativo N° 701 es***

<sup>59</sup> En lo que se refiere al abuso del derecho, la Sala precisó que “*El abuso del derecho consiste en un acto en principio lícito - formalmente constituye el ejercicio de un derecho subjetivo - pero que atenta contra la armonía de la vida social y contraría el espíritu o los principios del Derecho durante su ejecución. Es, por tanto, un abuso que se configura en el ejercicio de un derecho. Al tratarse de una institución límite como el abuso del derecho, esta Sala considera que no bastan meros indicios o presunciones para constatarlo sino que debe probarse suficientemente la ocurrencia de un ejercicio abusivo del derecho.*”



*contrario a tolerar prácticas restrictivas de la libre competencia, tales como el sostenimiento de una "Decisión" que reduce el grado de competencia mediante mecanismos artificiales e ilícitos, tales como la intimidación."*

Más adelante en la misma resolución la Sala concluye:

*"Luego de un análisis riguroso de los hechos señalados líneas arriba, esta Sala considera que no se ha logrado probar en forma suficiente, precisa y coherente que la "Decisión" (...) incluyera, como mecanismo de implementación, el uso de medios coercitivos contra aquellos (...) que intentaron romper el monopolio ostentado por (...). En otras palabras, no se ha logrado acreditar que el monopolio que ostenta (...) sea un monopolio sostenido por la intimidación.*

*No obstante lo señalado en el párrafo precedente, cabe aclarar que, aún en el caso que la "Decisión" estuviera dirigida únicamente a reducir el grado de competencia - es decir, que no apuntara al establecimiento directo de un monopolio -, la implementación de aquella "Decisión" por medio de un mecanismo antijurídico como la intimidación constituiría una práctica restrictiva de la competencia. Ello porque se estaría reduciendo efectivamente la competencia a través de la ejecución de una "Decisión" que no es aceptada libremente por los potenciales competidores involucrados. Lo que convertiría a este tipo de "Decisión" en una práctica restrictiva no sería la concentración de la oferta (o de parte de la oferta) en una sola empresa, sino que dicha concentración fuera producto de la coerción, de la negación de la voluntad de parte de aquella oferta de competir independientemente en el mercado." (El subrayado es nuestro)*

Vale la pena anotar que la Sala ha precisado que el "acto de presión" constituye elemento suficiente para determinar la existencia de una práctica restrictiva a la libre competencia, con independencia del grado de competencia que se presente del mercado de que se trate. En ese sentido la Sala señaló lo siguiente:

*"El haber determinado que el objeto y el efecto de la "Decisión" de la APPM fue monopolizar el mercado de servicios de practica, sirve como elemento distractor al momento de analizar la naturaleza de la presunta presión ejercida por ..... contra los "prácticos disidentes". A fin de eliminar este elemento distractor, cabe señalar que, hipotéticamente, un acto de presión podría darse en un mercado cualquiera con un grado de competencia distinto al monopolístico. Por ejemplo, en un mercado con numerosos competidores, uno de ellos -sin importar su tamaño- podría bloquear la entrada de otros competidores mediante mecanismos antijurídicos como la violencia. El hecho de bloquear la entrada de otros competidores mediante la violencia califica por sí mismo como una práctica restrictiva de la libre competencia, pues es una acción destinada directamente a restringir la competencia en el mercado. Es evidente que en este caso hipotético no califica como abuso de posición de dominio dado que la empresa infractora no ostenta posición de dominio en el mercado." (el subrayado es nuestro)*

Reiteramos que si bien los distintos pronunciamientos del INDECOPI permiten sancionar una práctica de este tipo, incluso cuando la misma es desarrollada por empresas que carecen de posición de dominio, la práctica se torna mucho más seria y con más posibilidades de éxito cuando es desarrollada por un monopolista para defender su posición de dominio, lo que conduce a que una práctica de este tipo cruce el umbral del abuso de posición de dominio.

De lo anterior puede concluirse que existe jurisprudencia a nivel del propio INDECOPI que apunta a identificar como una conducta sancionable, en aplicación del Decreto Legislativo 701, la utilización abusiva de procedimientos judiciales que tengan como objeto o efecto distorsionar la competencia en el mercado, sin

perjuicio de que su tipificación sea la de una práctica restrictiva de la libre competencia o un caso de posición de dominio.

## 5. CONCLUSION

Ninguna limitación a la competencia es más seria y difícil de corregir que aquella que se crea manipulando el poder del Estado. Los mercados pueden, con dificultades, luchar contra prácticas monopólicas y contrarrestar, en el largo plazo sus efectos. Ello es mucho más difícil con el mal uso de las potestades públicas. Parafraseando el dicho de “No hay mal que dure cien años”, “No hay monopolio que dure 100 años”, salvo el que es creado con el uso de potestades públicas.

Parte del problema debería corregirse con el uso de las facultades de la Comisión de Acceso. Creo que se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que si de promover la competencia se trata, es la Comisión más importante del INDECOPI.

Pero dicha Comisión puede combatir el uso de facultades de manera ilegal o irracional. Sin embargo, no puede controlar la manipulación de las potestades públicas por los particulares por medio del inicio estratégico de innumerables demandas y denuncias. En un país con las debilidades institucionales que tenemos, en la que las decisiones no son predecibles y la permeabilidad a la influencia indebida y eventualmente a la corrupción es tan notoria, la capacidad de manipular dichas potestades es la mayor amenaza contra el libre mercado. En ese caso, la llamada a actuar es la Comisión de Libre Competencia, que deberá evitar que se creen barreras de acceso mediante procesos legales.

Y el “Abogado del Diablo” existe y está dispuesto a usar el sistema legal para sacar competidores del mercado. Finalmente, su objetivo no es ganar casos sino proteger la posición de dominio de su cliente.

En tiempos en los que se discute distraer recursos en la creación de controles de fusiones, o crear reglas excesivamente discrecionales como las que se pretenden usar para controlar precios abusivos o evaluar carteles con reglas complejas, se están distraendo recursos para el cumplimiento de las funciones realmente importantes. Es más importante detener al Abogado del Diablo. Una agencia de competencia que renuncie a hacerlo se está convirtiendo en cómplice del “Abogado del Diablo”.

## CONCEPTOS CLAVES PARA ANALIZAR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Dr. Juan Manuel Mercant**<sup>1</sup>

E-mail: [jmercant@guyer.com.uy](mailto:jmercant@guyer.com.uy)

### ACLARACION PREVIA Y PLAN DEL ARTÍCULO.

Conocemos la existencia de un proyecto de ley denominado “Libertad de Comercio y Preservación de la Libre Competencia” (en adelante el “**Proyecto**”) que se encuentra a estudio del Poder Legislativo. Dicho Proyecto derogará las actuales normas de defensa de la competencia<sup>2</sup>, unificará en un único cuerpo legal (muy similar al ya existente en otras jurisdicciones) toda esta normativa y tendrá como aspectos centrales una mejor y más clara descripción de las conductas anticompetitivas, una explicación de conceptos importantes para la aplicación, la introducción en nuestro país por primera vez del control previo de concentraciones económicas, y la creación de un órgano colegiado encargado de aplicar estas normas.

Teniendo en cuenta la aparente inminencia de la sanción del Proyecto a la fecha de elaboración de este artículo (junio de 2005), hemos preferido en esta instancia (en vez de realizar un análisis exegético sobre las normas actuales y sobre las cuales ya se han realizado interesantes aportes doctrinarios<sup>3</sup>) elaborar un trabajo que reseñe los conceptos claves en materia de defensa de la competencia esperando que los mismos, aún luego de sancionarse el Proyecto, sean de utilidad para quienes se interesen por esta normativa y para las autoridades de aplicación.

En tal sentido, el objetivo primordial del presente artículo es desarrollar detenidamente los conceptos más importantes existentes en esta materia. Como el lector imaginará, para ello será necesario recurrir a desarrollos doctrinarios extranjeros y, de ser necesario, a resoluciones administrativas y/o jurisdiccionales de otros países.

Para lograr tal objetivo seguiremos el siguiente orden: (1) explicación sobre qué son las normas de defensa de la competencia y los modos de aplicarlas, (2) desarrollo de nociones básicas sobre competencia (competencia perfecta e imperfecta), (3) aclaración sobre las finalidades que se le han asignado a normas de este tipo, la importancia de su existencia y una mención sobre los cuestionamientos a las normas, (4) breve comentario de las principales características del marco normativo actualmente vigente (conformado por los artículos 13 a 15 de la Ley N° 17.243, artículos 157 a 159 de la Ley N° 17.296 y los decretos reglamentarios posteriores), y (5) análisis y descripción de los conceptos más importantes en la materia, a saber: (i) acuerdos o prácticas concertadas, (ii) poder de mercado y situación de dependencia económica y falta de alternativa suficiente o equivalente, (iii) mercado relevante, sustituibilidad, y barreras de entrada, (iv) abuso de posición dominante, y (v) el interés económico general.

### **1. ¿QUÉ ES LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y MODOS DE APLICARLA?**

Mucho se ha escrito a nivel de derecho comparado sobre esta materia que también se conoce bajo el nombre de “Antitrust”. Sin embargo, no existen definiciones claras sobre de qué trata (a pesar de que sus peculiaridades son evidentes). Germán Coloma<sup>4</sup> dice lo siguiente: “...la defensa de la competencia puede definirse como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí”.

A su vez, se ha discutido si las normas de defensa de la competencia merecen o no autonomía (como una rama propia del derecho)<sup>5</sup> y al discutirlo se comenta que estas normas tienen puntos de contacto con el derecho penal (por la tipificación de conductas delictivas), con el derecho civil (por el régimen de responsabilidad civil por la generación de un daño), con el derecho comercial (por ser las conductas que se sancionan llevadas a cabo normalmente por empresas) y hasta con el derecho administrativo (según cual sea la autoridad de aplicación).

<sup>1</sup> El autor es integrante del equipo de Corporate & Banking de Guyer & Regules.

<sup>2</sup> Actualmente los artículos 13 a 15 de la Ley N° 17.243 y artículos 157 y 158 de la Ley N° 17.296.

<sup>3</sup> Facultad de Derecho. El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia. Montevideo 2001. Revista de Derecho de la Universidad Católica (Año 1 – Número 1). Beatriz Bugallo. “Abuso de Posición Dominante. Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente. La Justicia Uruguaya (Tomo 124). Daniel Hargain. Análisis de la Legislación de Defensa de la Competencia.

<sup>4</sup> Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Páginas 13 y siguientes.

<sup>5</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Páginas 18 y siguientes.

No profundizaremos en este punto en particular y nos limitaremos a señalar que el aspecto más interesante es que varias ramas del derecho deben considerarse cuando se analizan estas normas, y que el apoyo de nociones económicas es sencillamente imprescindible.

Adicionalmente, dice Germán Coloma en la obra citada que “...*existen a nivel de derecho comparado dos forma de llevar a cabo la defensa de la competencia. Dichos mecanismos se conocen bajo los nombres de “Políticas de Comportamiento” y “Políticas Estructurales”. Las Políticas de Compartimiento son la forma más tradicional y consisten en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas. Dichas sanciones pueden consistir en ordenes de cese de determinadas conductas, multas o – en algunos países y para algunas jurisdicciones – indemnizaciones o penas de prisión. Las Políticas Estructurales, en cambio, son un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan acciones nocivas, y consiste esencialmente en el control previo de concentraciones económicas*”. Claramente (pero por ahora y hasta que se sancione el Proyecto) Uruguay está afiliado a un sistema de Políticas de Comportamiento.

## **2. NOCIONES BÁSICAS SOBRE COMPETENCIA.**

### **2.1. Definición de Competencia.**

Obviamente, no es el objetivo de este capítulo describir al detalle conceptos económicos sino mencionar (para lograr mayor claridad) las nociones básicas de competencia. Muy básicamente, la competencia consiste en la actuación simultánea de una pluralidad de agentes en el mismo mercado, ocupados en vender, comprar, etc., los mismos bienes o servicios. En consecuencia, los elementos que integran la definición de la libre competencia son los siguientes: (i) la pluralidad de sujetos económicos, (ii) la actividad desarrollada por éstos en forma simultánea y (iii) la oferta o demanda de productos o servicios similares sobre el mismo mercado. En similar sentido el Dr. Ricardo Olivera<sup>6</sup> estableció que “*la actividad económica representa la pugna por la conquista del mercado. La capacidad de compra de los consumidores es limitada y cada transacción realizada por un agente constituye la oportunidad perdida para los demás*”.

### **2.2. Competencia Perfecta o Imperfecta.**

En cualquier mercado podríamos encontrar situaciones de competencia perfecta o imperfecta.

Hay competencia perfecta cuando todos los vendedores y/o compradores de un precio o servicio son precio - aceptantes. El mercado de competencia perfecta se “*basa en el supuesto de la aceptación de precios por parte de compradores y vendedores*”<sup>7</sup>. La unidad de producción es tan pequeña (comparada con el total) que su comportamiento no afecta ni puede afectar jamás el precio. En este escenario los consumidores están protegidos en la medida en que quienes producen responden únicamente a los intereses de quienes consumen; producen lo que a estos últimos les interesa.

Las notas características de escenarios de competencia perfecta para el mercado relevante que se considere son las siguientes: (a) hay un gran cantidad de compradores y vendedores de los bienes o servicios considerados; (b) la cantidad de los bienes que compra o vende un comprador o vendedor respectivamente es tan menor comparada con el total de lo que se vende o compra que cualquier variación en el precio (en más o en menos) no afecta, en forma alguna, el mercado; (c) los productos o servicios son prácticamente homogéneos; (d) todos los compradores y vendedores del mercado considerado tienen total información sobre las características del mercado, sus precios y la calidad de los productos; y (e) hay total libertad para entrar y salir del mercado (no existen barreras).

El autor argentino Germán Coloma<sup>8</sup> propone una clara definición de competencia perfecta que vale la pena transcribir: “*...cuando hay un mercado perfectamente competitivo se dice que está en equilibrio ya que todas las empresas están ofreciendo la cantidad que maximiza sus beneficios al precio vigente, y la cantidad total ofrecida se iguala con la cantidad total demandada. Esto implica que todos los consumidores están igualando*

<sup>6</sup> El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2001

<sup>7</sup> Economía para no economistas. Página 72. Departamento de Economía. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de la República.

<sup>8</sup> Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 38.

*el precio que pagan por el bien que demandan con el valor marginal que el mismo tiene para ellos, y que todas las empresas están igualando dicho precio con su costo marginal”.*

Adicionalmente, es interesante recordar la definición de competencia perfecta de Carlton y Perloff que se incluye en el reciente Tratado de Defensa de la Competencia para la Unión Europea y España<sup>9</sup>: “*Un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que existe un gran número de empresas que fabrican un producto homogéneo, perfectamente divisible, en el que no existen barreras a la entrada ni a la salida, tanto empresas como consumidores tienen información completa, no existen costes de transacción y todos los agentes son precio aceptantes.*” Los autores especialistas en la materia aclaran que la definición antes mencionada es extremadamente exigente y reconocen que será muy difícil que haya mercados perfectamente competitivos. De cualquier forma la utilidad del modelo es clara como punto de referencia (“*benchmark*”) para analizar otras estructuras de mercado<sup>10</sup>.

Por el contrario, hay un sistema de competencia imperfecta cuando no se dan los extremos previstos para la competencia perfecta (es decir, se trata de una categoría residual). Las empresas de mercados imperfectos son precio – determinantes, lo que implica que puedan manejar o al menos influir en el precio de cierto producto. Las situaciones de monopolios y oligopolios son ejemplos claros de competencia imperfecta. Se describen a continuación.

Hay un monopolio cuando existe un único productor de un bien o servicio y dicho bien o servicio no tiene sustitutos; siendo sus características más relevantes las siguientes: (a) quien vende o compra es el único oferente o demandante (según sea el caso) en un mercado, (b) un productor monopolístico puede restringir su producción de modo de aumentar el precio y así sus ganancias, y (c) los consumidores pagan por un determinado bien lo que el producto no vale (deberá determinarse el precio en una economía perfectamente competitiva para ver diferencia). Volvemos a recordar aquí la definición de Carlton y Perloff sobre monopolio ya que su claridad es evidente: “*Un monopolio es aquella estructura de mercado en el que una sola empresa produce un producto para el cual no existen productos sustitutos cercanos, a todos los consumidores del mercado*”.

Por otra parte, hay oligopolio (siendo esta una estructura de mercado intermedia desde el punto de vista conceptual entre la competencia perfecta y el monopolio) cuando en un mercado la mayoría de las ventas son realizadas por pocas empresas (más de una ya que en tal caso habrá monopolio), cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con su propia acción<sup>11</sup>. Todos los participantes consideran lo que hacen sus competidores (en contraposición al monopolio y a la competencia perfecta). Las notas características son las siguientes: (a) el oligopolio fomenta la colusión, y (b) las empresas oligopólicas llegan pronto a la conclusión de que sus ganancias podrían incrementarse si realizaran acuerdos entre ellas; siendo tales acuerdos colusorios, es decir acuerdos explícitos o implícitos cuyo objetivo es aumentar el poder de mercado de las empresas que los realizan.

En teoría económica para determinar situaciones de oligopolio se usa el “modelo de Cournot” que parte de la base de que cada empresa decide su producción sabiendo que producir más va a tener cierto efecto de deprimir el precio del mercado, pero conociendo también que a dicho precio lo influyen también las decisiones de las demás empresas. Claramente en una situación de oligopolio hay pocas empresas compitiendo y ello básicamente porque existen barreras para la entrada de nuevas empresas.

### **3. FINALIDAD PERSEGUIDA POR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, IMPORTANCIA DE SU EXISTENCIA Y MENCIÓN A LOS CUESTIONAMIENTOS.**

Es importante aclarar, ya en el comienzo de este trabajo, que normas de este tipo tienen “*como fin, evitar que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado en detrimento del bienestar del consumidor*”<sup>12</sup>. La defensa de la competencia toma en cuenta las lecciones de análisis económico dando lugar a

<sup>9</sup> Tratado de Defensa de la Competencia. Coordinador: J.M. Beneyto Pérez. Editorial Bosch. Tomo 1, Página 16.

<sup>10</sup> Tan es así que Clark en (“Toward a Concept of Workable Competition” - The American Economic Review) ha dicho que la “competencia perfecta jamás ha existido y probablemente nunca existirá. Lo que ha existido es un estándar irreal o ideal que puede servir como punto de partida para el análisis y para compararlo con la realidad”.

<sup>11</sup> Aunque resulte obvio vale la pena comentar que en Uruguay los mercados de venta de productos (salvo alguna excepciones) son fuertemente oligopólicos; siendo este un aspecto que los legisladores deberían tener en cuenta a la hora de redactar normas en la materia. Ello surge además del libro “Economía para No Economistas” publicado por el Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República.

<sup>12</sup> Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo 1. Página 1.

la “Economía de la Competencia” siendo esta “*el conjunto de principios e instrumentos económicos que se utilizan para valorar los efectos de la conducta de los agentes económicos y su impacto sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*”<sup>13</sup>.

En el trabajo de Guillermo Cabanellas<sup>14</sup> se mencionan los fines que tienen las normas sobre defensa de la competencia. Se habla de que existen fines económicos y políticos para el dictado de esta clase de normas. Dentro de los primeros se mencionan: asegurar la eficiencia del sistema productivo, en particular respecto de la asignación de recursos, evitar distorsiones, incentivar la producción, distribución de la riqueza entre los distintos sectores, etc. y respecto de los segundos se mencionan la preferencia por la no concentración de poder económico, y la reducción del campo en que la actividad privada puede incidir sobre el bienestar de terceros.

En similar sentido se ha dicho que<sup>15</sup> “*la defensa de la competencia es una pieza fundamental en los sistemas jurídicos de aquellos estados que poseen sistemas económicos basados en los principios de libertad de comercio. El derecho de la competencia tiene como fin favorecer el funcionamiento económico del mercado, tratando de prevenir que las empresas concluyan acuerdos que tengan efectos restrictivos, y controlando los actos o conductas realizadas por parte de las empresas con posición dominante, por medio del ejercicio abusivo de tal posición.*”

Son muy comunes, y en cierta forma atendibles, los cuestionamientos a normas de este tipo. Por ello debe recordarse que estas normas existen porque se parte del supuesto que “*un mercado competitivo (escenario de competencia perfecta) genera una asignación eficiente de los recursos y confiere claras ventajas a los consumidores tales como precios más bajos o productos de mayor calidad. Ello se debe a que la competencia fuerza a las empresas a tratar de satisfacer a los consumidores, si quieren asegurarse clientes y no ver reducidas sus ventas*”<sup>16</sup>.

Se ha sostenido por varios autores liberales<sup>17</sup> que estas normas no tienen sentido en la medida en que el mercado se ocupa de corregir situaciones que favorecen la asignación eficiente de recursos. En nuestra opinión ello sería así en mercados con competencia perfecta. Transcribimos aquí un párrafo del Tratado de Defensa de la Competencia antes mencionado que resume la importancia de la existencia de estas normas: “*No siempre los mercados son capaces, por sí solos, de alcanzar asignaciones eficientes de los recursos. Puede ocurrir que el funcionalmente del mercado se vea distorsionado de manera que las decisiones de precios y de inversión no sean las óptimas y el bienestar de los consumidores se resiente. Podemos identificar dos tipos de causas por las que no se alcanzan asignaciones eficientes: (i) cuando existen lo que en teoría económica se conocen como “fallas del mercado” [...] y (ii) cuando son los propios agentes los que distorsionan los mercados*”. Es justamente para corregir estas fallas que existen las normas de defensa de la competencia. No obstante, conviene recordar que la intervención estatal debe tener ciertos límites para no distorsionar aún más el funcionamiento de los mecanismos competitivos. La intervención del estado debe garantizar el funcionamiento del mercado pero no pretender suplantarlos. Y otro párrafo de la obra citada dice: “*El interés general en el ámbito económico se ve satisfecho cuando los recursos (escasos por definición) son asignados del modo más eficiente y ello tiene lugar cuando en el mercado no sólo los agentes económicos actúan con libertad, persiguiendo su interés egoísta, sino cuando en él rige la denominada competencia perfecta...*”.

A propósito de los cuestionamientos sobre la existencia de las normas de defensa de la competencia para economías pequeñas como la uruguaya conviene recordar que, según surge de un trabajo preparado por los economistas Andrés Rius y Gabriel Katz<sup>18</sup> denominado “*¿Qué imitar de las economías pequeñas exitosas? Sobre la necesidad de una política y una legislación de competencia*”, las economías pequeñas y exitosas como Chile, Costa Rica, Irlanda y Nueva Zelanda tienen normas de defensa de la competencia. En el trabajo antes mencionado se describe lo que se conoce como “mitos de la economía subdesarrollada” y se detallan (para luego rebatirlos) los principales argumentos de quienes no creen en esta clase de normas.

<sup>13</sup> Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo 1. Página 1.

<sup>14</sup> Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta. Guillermo Cabanellas Página 35 y ss.

<sup>15</sup> Boletín Latinoamericano de Competencia. Guillermina Tajan.

<sup>16</sup> Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo 1. Página 2.

<sup>17</sup> Se recuerda siempre la visión de A. Smith (“La Riqueza de las Naciones”) en el sentido de que al perseguir cada hombre su propio interés, contribuye a la satisfacción del interés general, ya que una suerte de mano invisible ordena todas estas actuaciones privadas, conduciéndolas al bien común.

<sup>18</sup> Desconocemos si el artículo ha sido publicado.

#### 4. BREVE COMENTARIO SOBRE EL DERECHO POSITIVO APLICABLE.

La Ley de Urgencia, N° 17.243<sup>19</sup> contiene en los artículos 13 a 15 (en adelante la “LDC”) disposiciones aplicables a lo que se conoce comúnmente como “*Normas en Defensa de la Competencia*”. Esta clase de normas existen en muchos países aunque mucho más ordenadas que las actualmente existentes en Uruguay e intentan asegurar la libre competencia y el libre acceso al mercado. Se trata, según lo anticipado en el numeral 1 anterior, de una forma de proteger la libre competencia aplicando una “Política de Comportamiento” que controla prácticas anticompetitivas una vez realizadas (“*ex post*”).

En nuestro país (con excepción de lo previsto en los artículos 85 numeral 17, 50 y 36 de la Constitución de la República) no existían, hasta la sanción de las normas legales antes mencionadas, disposiciones específicas que limitaran o restringieran la realización de cualquier tipo de práctica concertada en el mercado que tuviera como consecuencia afectar la libre competencia (sin perjuicio de las normas generales en materia de competencia desleal). Existía, sin embargo, una división a nivel del Mercosur (N° 18/96), aprobado por Uruguay.

Posteriormente, la Ley de Presupuesto Nacional N° 17.296 de fecha 21 de febrero de 2001 estableció en sus artículos 157 y 158 las sanciones que podían corresponder, la forma de graduar las mismas y las funciones y facultades del órgano de aplicación. No es objeto de este trabajo el desarrollo de las normas sancionatorias ni el procedimiento administrativo aplicable por lo que nos remitimos a la lectura de las normas y los aportes doctrinarios publicados en nuestro país sobre el tema y ya reseñados al comienzo de este artículo.

La LDC en su artículo 13 comienza estableciendo el principio general en materia de libertad de competencia en el mercado y dispone lo siguiente: “*Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieren por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36° de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate*”.

El primer comentario acerca de este artículo es que el concepto de “empresa”<sup>20</sup> es un concepto impreciso desde un punto de vista jurídico. Entendemos entonces, que estarán comprendidos todos aquellos sujetos que realicen una actividad empresarial, sean estas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, estatales o no estatales, nacionales o extranjeras, sociedades comerciales o asociaciones civiles. Cualquier sujeto de derecho que realice una actividad comercial estará alcanzado por las normas de defensa de la competencia (salvo que resulte de aplicación una de las excepciones previstas legalmente).

La LDC establece luego en su artículo 14 lo siguiente:

*“Artículo 14.- Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la 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.”*

El artículo 14 refiere básicamente a 3 (tres) clases de conductas anticompetitivas: (i) los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos (que analizaremos conceptualmente en el numeral 5.1 siguiente), (ii) las decisiones de asociaciones de empresas, y (iii) el abuso de la posición dominante (que será objeto de análisis en el numeral 5.4 siguiente).

A su vez la LDC exige, para que las conductas puedan ser consideradas anticompetitivas, que las mismas “*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*”. Deber tenerse especialmente presente que las conductas que hemos mencionado deber tener por efecto (y no por objeto) impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios (los subrayados nos pertenecen). Es decir, una conducta potencialmente perjudicial de la competencia (pero que no haya generado en los hechos un efecto nocivo) no estará prohibida.

<sup>19</sup> Publicada en el Diario Oficial el día 6 de julio de 2000.

<sup>20</sup> La doctrina europea ha aclarado que las empresas deben ser independientes y por tal argumentación, reseñada en Tratado de Defensa de la Competencia antes citado pagina 183 excluye a los acuerdos con representantes o contratos de comisión, donde el representante o el comisionista (según sea el caso) es un mero ejecutor de la voluntad del principal.

El mismo artículo establece en forma enunciativa las conductas y/o prácticas mediante las cuales se podrían violar estas normas.

Por último, el artículo 14 dispone que la aplicación de estas normas procede solamente cuando la distorsión en el mercado genere un perjuicio relevante al interés general (que será analizado en el numeral 5.5 de este trabajo).

## **5. CONCEPTOS MÁS IMPORTANTES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.**

### **5.1. ACUERDOS Y PRÁCTICAS CONCERTADAS.**

#### **5.1.1. Definición y características.**

Según anticipáramos en el numeral 4 anterior, la LDC prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas 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. La enumeración del artículo 14 antes mencionado, como se advierte de su propia lectura, es a título meramente enunciativo (“*tales como*” dice la norma) de modo que cualquier acuerdo que cumpla con los requisitos del artículo será violatorio de dichas normas aún cuando no esté expresamente previsto. Tal interpretación es unánime en nuestro país<sup>21</sup>.

Corresponde entonces analizar qué son los acuerdos y/o prácticas concertadas y sus principales características aclarando previamente que dicha explicación no abarcará todas las conductas anticompetitivas pues no incluirá las acciones unilaterales como precios predatorios, la negativa a vender, etc. (que podrían ser considerados, como veremos más adelante, como casos de abusos de posición dominante).

Básicamente, los acuerdos anticompetitivos consisten en las situaciones en las cuales una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo. Germán Coloma aclara<sup>22</sup> que dicho incremento puede lograrse a través de diferentes instrumentos (acuerdos de precios, acuerdos de cantidades, repartos de mercado, etc.) pero todos tienen la característica común de que traen aparejado siempre un aumento en los precios y/o una reducción en los volúmenes comerciados respecto de los que habría en una situación donde no hubiera un acuerdo o práctica concertada.

Tales acuerdos están prohibidos en las jurisdicciones con mayor desarrollo. La Ley Shearman prohíbe todo contrato, combinación o conspiración, restrictiva del comercio. El Tratado de Roma en su artículo 81 prohíbe los “*acuerdos entre empresas que tengan por objeto y/o efecto impedir, restringir el juego de la competencia*”. Lo mismo sucede en las legislaciones nacionales europeas y en todos los países que tienen estas normas (Argentina, Brasil, Chile, etc.).

Al inicio del desarrollo de estas normas en los Estados Unidos, comenta Cabanellas en la obra citada, se trataba siempre de acuerdos expresos. Sin embargo, luego fue desarrollándose la elaboración jurisprudencial del concepto de “práctica concertada” (ya recogida en los textos legales) por el cual dejó de ser necesario que haya un acuerdo expreso siendo suficiente que se contemple una acción en concierto y que las partes se ajusten a ella<sup>23</sup>. Las pruebas admisibles de que había “prácticas concertadas” se fueron ampliando paulatinamente desde la existencia de reuniones, envío de cartas, etc., hasta la simultaneidad en la fijación de precios. Todo ello fue generando la creación del concepto de “paralelismo consciente” que se define como aquellas prácticas que, sin estar concertadas, son aplicadas por los participantes del mercado en la misma forma y en el mismo tiempo. Dicha práctica está prohibida cuando tiene por fin la distorsión de la competencia pero permitida si encuentra una justificación comercial (por ejemplo, en caso que los precios de los insumos varíen u otros costos aumenten).

Un caso de la Unión Europea significativo por sí mismo es el “caso Dyestuffs” donde se demostró que diversas empresas habían aumentado simultáneamente sus precios, a lo largo de varios años, y en ciertos países europeos. Tras sentarse el principio general de que si bien “*la conducta paralela no es de por sí suficiente para ser*

<sup>21</sup> Exactamente lo mismo sucede con el artículo 81.1 del Tratado de Roma y así lo ha entendido pacíficamente la jurisprudencia europea.

<sup>22</sup> Defensa de la Competencia. Ciudad Argentina. Página 79.

<sup>23</sup> Últimamente la Unión Europea exige, además del paralelismo, un mínimo de concertación, aunque sea a nivel muy básico o elemental. Muchas veces, aunque no se logre probar ni un contacto mínimo la existencia de la concertación es “la única explicación plausible” como en el caso de “Transmediterránea/Euroferry/Buquebus”.



*identificada como práctica concertada, puede sin embargo, significar una importante evidencia de tal práctica si conduce a las condiciones de mercado que no corresponden a las normales en él y siempre que exista cierto grado de reciprocidad entre los participantes*". Se demostró que había una práctica concertada ya que: (i) las tasas de incremento de precios y los productos afectados eran similares en varios países, (ii) las fechas en que los aumentos entraban en vigor o eran anunciados eran idénticas, (iii) se enviaron avisos e instructivos a las subsidiarias de las empresas involucradas en las mismas fechas, y (iv) se mantuvieron reuniones antes de cada uno de los aumentos entre los principales de las compañías. Esta distinción entre acuerdos anticompetitivos y prácticas concertadas da lugar a la clasificación entre colusión abierta o oculta. Por otra parte, la jurisprudencia de la Unión Europea está plagada de casos donde se analiza que los acuerdos pueden ser expresos o tácitos, escritos o verbales, en documento público o privado. Interesantes discusiones (que exceden el alcance de este trabajo) se han desarrollado acerca de si los acuerdos de caballeros (no vinculantes) deben o no ser sancionados.

A su vez, vale la pena mencionar que existen a nivel de derecho comparado prácticas concertadas que suelen considerarse como anticompetitivas en si mismas (*"per se"*) y donde el interés económico general se verá afectado automáticamente, tales como: (i) la fijación de precios, (ii) la limitación de la producción, (iii) el reparto de mercados, (iv) las prácticas discriminatorias, y (v) los contratos vinculados (*"tying contracts"*) y que se conocen como "carteles duros" y otras conductas que no serán anticompetitivas si es posible demostrar la ausencia de efectos negativos a través del empleo de la regla de la razón (*"rule of reason"*). Este análisis de la *"rule of reason"* es muy importante por que existen casos donde los acuerdos entre empresas pueden ser causa de eficiencias de oferta y demanda y causen un beneficio para los consumidores. En nuestra opinión, nuestro país está afiliado a esta segunda alternativa para todas las conductas ya que el artículo 14 inciso final de la LDC dispone que las normas podrán aplicarse sólo cuando se haya verificado un "perjuicio relevante al interés general".

### **5.1.2. Factores que favorecen o dificultan la existencia de acuerdos o prácticas concertadas.**

Carlton y Perloff han señalado que hay tres elementos básicos y necesarios para que un cartel (colusión) pueda establecerse de manera exitosa, a saber: (i) capacidad para incrementar los precios, (ii) bajas penalidades esperadas, y (iii) bajo costos de organizar el cartel.

Adicionalmente, la presencia de barreras para la entrada de nuevos competidores es un elemento que se menciona como favorecedor de la colusión. Un pacto colusorio o cartel será mucho más efectivo, según dice Germán Coloma<sup>24</sup>, *"en una industria en la cual el ingreso de nuevas empresas sea dificultoso (o esté limitado por barreras legales) que en una industria donde es sencillo que ingresen nuevos competidores"*. La existencia de barreras para la entrada será importante para la definición de mercado relevante, según veremos en el numeral 5.3.5 siguiente de este trabajo.

Naturalmente que la ausencia de normas (o su aplicación) que sancionen prácticas anticompetitivas determinará la mayor presencia de acuerdos colusorios. De hecho, los países que aún no tienen este tipo de normas o a pesar de tenerlas no las aplican adecuadamente son campos mucho más fértiles para los acuerdos colusorios.

### **5.1.3. Colusión horizontal o vertical.**

Hay varias legislaciones (por ejemplo, la alemana) que incluyen en sus normas definiciones sobre acuerdos horizontales o verticales.

Brevemente, hay colusión horizontal cuando dos empresas que se encuentran en la misma etapa del proceso de comercialización y en el mismo mercado realizan un acuerdo restrictivo de la competencia. Un ejemplo típico y evidente sería cuando dos empresas que comercializan granos en cierto mercado relevante acuerdan repartirse geográficamente el mercado. Hay colusión horizontal dice Cabanellas<sup>25</sup> cuando se da "entre empresas que operan en igual nivel productivo y en el mismo mercado". Son ejemplos de acuerdos horizontales los siguientes: fijación de precios, reparto de mercado, limitación de la producción, licitación fraudulenta, fijación de "otras condiciones de la transacción", intercambio de información entre competidores, restricciones de publicidad, acuerdos de producción y/o de compra conjunta.

<sup>24</sup> Defensa de la Competencia. Ciudad Argentina. Página 81.

<sup>25</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta. Página 271.

Por contraposición, un acuerdo vertical abarca dos o más empresas que se encuentran en diferentes etapas del proceso de producción. Siguiendo el ejemplo anterior las dos empresas que comercializan granos acuerdan con el principal comprador de los granos el precio a pagar por cierto período de tiempo. Recordamos aquí la definición de Sullivan sobre restricciones verticales como aquellas que derivan de una relación entre empresas que operan en distintas etapas del proceso de producción. Ejemplos de acuerdos verticales son: la fijación vertical de precios, asignación de territorios o clientes, indicación de volúmenes máximos o mínimos de venta.

Vale la pena recordar que los acuerdos horizontales o verticales no agotan el elenco de posibles prácticas anticompetitivas ya que quedan afuera de la clasificación (pero no de las normas) las prácticas unilaterales, por ejemplo: los precios predatorios.

## **5.2. PODER DE MERCADO, SITUACIÓN DE DEPENDENCIA ECONÓMICA Y FALTA DE ALTERNATIVA SUFICIENTE O EQUIVALENTE.**

El poder de mercado de una empresa, dice Coloma<sup>26</sup>, *“es la capacidad que la misma tiene de influir sobre los precios vigentes en un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora y/o como compradora de un bien o servicio. La ausencia de poder de mercado implica en cambio que la empresa en cuestión se comporta como tomadora de precios”*. La empresa que tiene poder de mercado puede elegir comprar y/o vender a diferentes precios.

El autor alemán Lutz<sup>27</sup> establece que lo que caracteriza a una empresa con poder de mercado (excluyendo obviamente el monopolio y siendo una etapa anterior a la empresa que tiene posición dominante y que será analizada en el numeral 5.4 siguiente) es que enfrente hay una empresa débil y dependiente. Esta última empresa dependiente no tiene (en su conjunto o en un área de sus negocios) alternativas suficientes y viables. Un ejemplo, si en un mercado relevante el principal proveedor de un cierto insumo (que tiene poder de mercado) se niega a vendérselo a alguien que quiera comercializarlo (siendo dicha materia prima esencial) la empresa sin poder de mercado no tendrá una alternativa suficiente y viable. Este sería un caso de negativa a vender o discriminación no justificada. Según la normativa alemana (con gran desarrollo en estas normas) *“para determinar si existen alternativas suficientes se atiende básicamente a criterios objetivos, concretamente se trata de saber qué posibilidades existen en el mercado relevante para obtener los productos o servicios de otras empresas distintas de las que tiene poder de mercado. En el caso de un proveedor por ejemplo se trata de saber qué otros canales de distribución existen.”* Según Hefermehl<sup>28</sup> *“existen alternativas suficientes siempre que la empresa en cuestión pueda prescindir de una relación comercial sin poner en peligro su existencia”*.

Es importante destacar que a nivel de derecho comparado se exige que haya una alternativa suficiente y además que dicha alternativa sea viable (desde el punto de vista práctico). En varios de los países de la Unión Europea (Francia, España, Italia, etc.) se ha desarrollado este concepto de “falta de alternativa suficiente o equivalente” y se habla de empresas “económicamente dependientes de su proveedor” o “vulnerables” para definir aquellos casos donde una empresa esta obligada a contratar con la otra. Sin embargo, también se aclara en la Unión Europea<sup>29</sup> que *“las normas de defensa de la competencia no tienen por objeto proteger a los competidores sino a la competencia. Por ello, cuando la situación de dependencia resulta de circunstancias intrínsecas de una empresa, tales como la importancia relativa de los volúmenes negociados con su contratante o la larga duración de las relaciones, no consideran adecuado utilizar la figura de la dependencia económica”*. Aclaramos que no se profundiza en este concepto ya que la doctrina mayoritaria entiende (a pesar de que algunas legislaciones le reconozcan cierta autonomía conceptual) que en realidad el abuso de una posición de dependencia es una forma de abuso de posición dominante y dicho concepto será analizado más adelante en este trabajo.

## **5.3. MERCADO RELEVANTE.**

### **5.3.1. Importancia.**

Este es, en nuestra opinión, el concepto más importante para la interpretación de las normas de defensa de la competencia; no siendo posible entender esta normativa y su aplicación sin conceptualizarlo adecuadamente. Es

<sup>26</sup> Defensa de la Competencia. Ciudad Argentina. Página 32.

<sup>27</sup> Mencionado en el libro “Explotación de una Situación de Dependencia Económica como supuesto de Competencia Desleal” de Marta Zabaleta Díaz. Editorial Marcial Pons.

<sup>28</sup> Hefemehl. “Zur Anwendung des Paraphen 26, Abs.

<sup>29</sup> Tratado de Defensa de la Competencia. Tomo 1. Página 478.

además, el mercado a “tener en cuenta” y/o el mercado “afectado”. Se trata del “punto de partida de todo análisis de competencia, y como es natural, del correspondiente a una conducta anticompetitiva.

### 5.3.2. Definición conceptual.

Existe cierta unanimidad en derecho comparado que el mercado relevante debe definirse teniendo en cuenta los productos y/o servicios (Mercado del Producto) y el área geográfica determinada (Territorios). Transcribimos a continuación la definición de Sullivan sobre mercado relevante: *“Definir el mercado en términos geográficos y de productos equivale a decir que si los precios fueran apreciablemente elevados o el volumen apreciablemente limitado para el producto en un área determinada, mientras que la demanda permanece constante, no cabría esperar que una oferta proveniente de otras fuentes entraría con la rapidez y en la cantidad suficientes para reestablecer el antiguo precio o volumen. Si una oferta suficiente ingresara con la necesaria rapidez desde otras áreas geográficas entonces el “mercado definido” no es suficientemente amplio en términos geográficos; si una oferta ingresara con la necesaria rapidez en la forma de mercaderías provenientes de otros productores que no habían sido incluidos en el mercado de productos originalmente definido, entonces tal mercado no es lo suficientemente amplio en términos de los productos definidos. Por lo tanto el “mercado relevante” es el mercado más reducido que sea lo suficientemente amplio para que los productos de áreas adyacentes o de otros productores que actúan en la misma área, no puedan competir con paridad suficiente con aquellos incluidos en el mercado.”*

En materia de mercado geográfico relevante la cuestión central será determinar o identificar si una variación de precios provocará o no sustitución de productos. Es decir, si los clientes, a corto plazo y a un costo insignificante, transferirán sus pedidos a empresas localizadas en otro lugar ante una variación pequeña pero permanente de los precios relativos. En este análisis deberá estudiarse los obstáculos efectivos que enfrenta una empresa “A” para irse o trasladarse a vender en otro territorio. Ejemplos de esos obstáculos son los siguientes, requisitos, costos y/o impedimentos para localizarse en otro mercado, costos de transporte, posibilidad de acceso a los canales de distribución, regulaciones de precios, derechos aduaneros, barreras arancelarias y no arancelarias. Si como resultado de dicho análisis, pudiera concluirse que la empresa del territorio “A” no está expuesta a una competencia efectiva los potenciales interesados no serán considerados en la definición de mercado geográfico relevante.

Siguiendo la explicación de Guillermo Cabanellas<sup>30</sup> podemos concluir que para definir el mercado relevante hay que tener en cuenta la noción área geográfica y el tipo de producto o servicio involucrado. Si bien no es común algunos autores incluyen dentro de las nociones que deben considerarse para definir un mercado relevante la noción temporal.

Como consecuencia de todo esto, puede afirmarse que el conjunto de presiones competitivas (de otros mercados u otras áreas geográficas) determinará el mercado relevante en el que opera la empresa en cuestión<sup>31</sup>.

En el Tratado de Defensa de la Competencia que hemos mencionado se explica el “Test del Monopolista Hipotético”<sup>32</sup> cuyas principales nociones transcribimos a continuación: *“Dicho test considera inicialmente que la oferta de los productos objeto del análisis (A por ejemplo) están en manos de un monopolista hipotético y que este decida incrementar el precio de los mismos entre un 5 % y un 10%, suponiendo que el resto de los productos no ve alterado su precio. Si dicho incremento es sostenible y rentable a largo plazo, estaremos ante un mercado de producto definido. Si no lo es porque existen alternativas que puedan satisfacer a la demanda a los precios dados, entonces se deben incluir las mismas en el mercado. Si los consumidores dejan de comprar “A” y comienzan a comprar “B” de tal forma que el precio de “A” deja de ser rentable diremos que “B” ejerce una presión competitiva sobre “A” y restringe su comportamiento, por lo que se incluirá los productos “B” en el mercado que estamos definiendo”.... “El conjunto más reducido de bienes para los cuales el monopolista hipotético podría elevar los precios entre un 5% y un 10% de manera rentable a largo plazo constituirá el mercado relevante”.*<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta SRL.

<sup>31</sup> De acuerdo a la obra “Tratado de Defensa de la Competencia”, Tomo 1. Página 496, dentro del conjunto de presiones competitivas debe incluirse no sólo a las empresas que efectivamente compiten en el mercado relevante considerado sino también a las que pueden modificar rápidamente sus líneas de producción para proveer los productos de referencia si el precio es suficientemente atractivo (vendedores potenciales o incondicionales).

<sup>32</sup> También se lo conoce como SSNIP por sus siglas en inglés: “*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*”.

<sup>33</sup> El Test del Monopolista Hipotético es de gran utilidad en varias jurisdicciones (Canadá, Australia, UE, Nueva Zelanda, Reino Unido y USA) y lo incluyen dentro de su normativa de defensa de la competencia.

Es posible que a nivel de derecho comparado el caso más conocido acerca de la importancia que tiene la definición de mercado relevante en este tipo de normas es el caso de la empresa “Alcoa” en los Estados Unidos. Esta empresa producía el 90% del aluminio virgen en lingote de los Estados Unidos. Ante una denuncia de prácticas anticompetitivas debió precisarse si el mercado relevante era el de dicho tipo de producto, o el que incluía el aluminio secundario, o sea el derivado de la transformación de chatarra, en cuyo caso la participación de Alcoa descendía al 64%. Algo similar ocurrió en el conocido caso del celofán cuando se trató de determinar el mercado relevante. Dupont (demandado) insistía en que debían considerarse otros productos de embalaje similares y la acusación decía que el “celofán” era un producto único y no sustituible por otros similares. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos estableció que: “*si una pequeña disminución en el precio del celofán causa que un número considerable de clientes de materiales de envase flexible se desplacen desde el celofán, esto sería indicativo de que existe una alta “elasticidad cruzada de demanda entre ellos”<sup>34</sup> y que los productos compiten en el mismo mercado*”.

Como se advierte claramente la definición de “mercado relevante” (en cuanto a su amplitud o estrechez) producirá desiguales resultados en el análisis de la competencia y en la participación del mercado que tendrán los participantes por lo que resulta imposible, en la práctica, determinar que una conducta es o no anticompetitiva sin haber definido previamente el mercado relevante que debe considerarse.

### 5.3.3. Definiciones del concepto en otras jurisdicciones.

Como dice Germán Coloma<sup>35</sup> la definición más difundida de mercado relevante como concepto aplicable al análisis de defensa de la competencia es la que aparece en las pautas para la evaluación de fusiones horizontales del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos. Dichas pautas establecen que un mercado es “*un producto o grupo de productos y un área geográfica en la cual el mismo se produce o se vende tal que una hipotética empresa maximizadora de beneficios, que no esté sujeta a regulación de precios y que sea el único proveedor presente y futuro de esos productos en el área en cuestión, halle beneficioso imponer un incremento de precios pequeño pero significativo y no transitorio*”. Esto es exactamente lo que mencionamos y explicamos en el punto 5.3.2 como el “Test del Monopolista Hipotético”.

Las pautas antes mencionadas brindan los elementos conceptuales que habrá que considerar para evaluar cuando dos productos se consideren sustitutos o dos áreas geográficas lo suficientemente próximas como para ser incluidas dentro del concepto “mercado relevante”. Ellas son: (i) la evidencia de que ciertos compradores han cambiado (o considerado cambiar) de producto o de lugar de compra en respuesta a cambios relativos a precios u otras variables competitivas; (ii) la evidencia de que los vendedores basan sus decisiones comerciales pensando en la posible sustitución entre productos o lugares de compra por parte de los compradores; en respuesta a cambios relativos a precios u otras variables competitivas; (iii) la influencia de la competencia que enfrentan los compradores en sus mercados de productos finales (cuando se trata de compra de productos intermedios); y (iv) el tiempo y el costo que le insume al comprador cambiar de producto o de lugar de compra.

Por otra parte, a nivel de la Unión Europea<sup>36</sup> la definición de mercado relevante considera, como explicamos en el punto 5.3.2 anterior, el mercado del producto y el mercado geográfico. De acuerdo con este criterio “*El mercado de producto y de prestación de servicios comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de las características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El mercado geográfico relevante comprende, por otra parte, la zona en que las empresas afectadas desarrollan sus actividades de suministro de productos o prestación de servicios, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas, debido, a que en las otras las condiciones de competencia son sustancialmente diferentes*”.<sup>37</sup>

La Resolución 164/2001 de la Secretaria de la Competencia del Ministerio de Economía de la Republica Argentina elaboró los principales lineamientos para el control de concentraciones económicas. En dicha Resolución<sup>38</sup> se incluyen muy interesantes definiciones sobre los conceptos desarrollados en este artículo.

<sup>34</sup> Por elasticidad cruzada se entiende, desde un punto de vista económico, la proporción en que aumenta la demanda dirigida al productor “x” como consecuencia de un aumento de los precios del productor “y”, disminuye gradualmente según se toman sucedáneos menos significativos u oferentes más alejados.

<sup>35</sup> Defensa de la Competencia. Ciudad Argentina. Página 69.

<sup>36</sup> Comunicación de fecha 9/12/1997 No. 97/C 372/ 03.

<sup>37</sup> Tratado de Defensa de la Competencia. Tomo 1. Página 497.

<sup>38</sup> Publicada en [www.mecon.gov.ar/cndc/home](http://www.mecon.gov.ar/cndc/home)

Aunque extensos transcribimos a continuación los párrafos correspondientes a la definición de mercado relevante por la claridad de las consideraciones:

*“El mercado relevante, comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico.”*

*“El mercado relevante del producto. Se puede afirmar que el mercado relevante del producto comprende todos aquellos bienes y/o servicios que son considerados sustitutos por el consumidor dadas las características del producto, sus precios y el objeto de su consumo. Si el bien producido por las empresas que se concentran es sustituible por otros bienes, entonces el poder de mercado de las mismas se verá limitado por la conducta de los consumidores. En efecto, dichas empresas no podrán aumentar unilateralmente el precio de su producto sin notar un traspaso significativo de sus consumidores hacia otros bienes alternativos. En definitiva, los bienes que son sustitutos entre sí compiten por captar la demanda del consumidor, con lo cual lo correcto es incluirlos dentro de un mismo mercado. A los efectos de considerar la posible respuesta de los consumidores ante un aumento en el precio relativo del bien o servicio, se tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otros bienes como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes (por ejemplo, calidad); b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre el supuesto de que existe sustitución en las demandas de distintos productos ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes; c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otros bienes. Mediante el relevamiento de la información precitada, el mercado relevante del producto se definirá como el menor grupo de productos respecto del cual, a un hipotético monopolista de todos ellos, le resultaría rentable imponer un aumento de precios pequeño, aunque significativo y no transitorio.”<sup>39</sup>*

*“El mercado geográfico relevante. Una vez definido el mercado relevante del producto, se deberá delimitar el mercado geográfico relevante. Este último se entenderá como la menor región dentro de la cual resultaría beneficioso para un único proveedor del producto en cuestión imponer un incremento pequeño, aunque significativo y no transitorio, en el precio del producto. Es particularmente importante para la definición del mercado geográfico relevante el análisis de la existencia de sustitución por el lado de la demanda. Si los consumidores del área en la cual operan las empresas participantes en la concentración pueden adquirir el bien en un área geográfica cercana, entonces resulta correcto considerar a ambas zonas como parte de un mismo mercado. En cuanto a la información necesaria para definir el mercado geográfico relevante, se tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes elementos: a) indicios de que los consumidores han trasladado o pueden trasladar su consumo hacia otras regiones geográficas como respuesta a un cambio en los precios relativos o en otras variables relevantes; b) indicios de que los productores elaboran sus estrategias de negocios sobre la base de que existe sustitución en las demandas de distintas regiones geográficas ante cambios en los precios relativos o en otras variables relevantes; y c) el tiempo y costo que le implica al consumidor el traslado de su demanda hacia otras regiones geográficas. Mediante el relevamiento de la información precitada, la definición del mercado geográfico relevante comenzará por considerar a las regiones en las que operan las empresas participantes en la concentración, para luego analizar la existencia de sustitución de la demanda entre los productos o servicios de éstas y los comercializados en otras localidades”.*

#### **5.3.4. Sustituibilidad de la Demanda, Sustituibilidad de la Oferta y la Noción de Competencia Potencial.**

Como adelantáramos en el numeral 5.3.2 anterior la noción de sustituibilidad es determinante para analizar el poder de mercado de una empresa y también el mercado relevante. Como se explica en el Tratado de Defensa de la Competencia antes mencionado la capacidad de las empresas de imponer sus condiciones en el mercado dependerá de las alternativas reales o potenciales que existan a los productos que ofrecen. Con gran simplicidad y corrección se afirma en dicha obra. *“El análisis de la sustituibilidad pretende determinar esas alternativas reales y, con ello, los productos contra los que compiten las empresas afectadas y que determinan su mercado relevante”.*<sup>40</sup>

La noción de sustituibilidad puede verse tanto del lado de la demanda (sustituibilidad de la demanda) como de la oferta (sustituibilidad de la oferta).

<sup>39</sup> La CNDC de la Republica Argentina ha dicho que “si bien el concepto exacto de un aumento de precios “pequeño, aunque significativo y no transitorio” (SSNIP) podrá variar según lo indiquen las particularidades del mercado analizado, cabe señalar que organismos de otros países con mayor experiencia en la materia interpretan que el mismo representa un aumento de precios en un rango del 5% al 10% que se mantenga durante un período no inferior al año.

<sup>40</sup> Obra citada, Página 30.

La sustituibilidad de la demanda significa que, bajo determinadas condiciones (por ejemplo un aumento de precio o una baja en la calidad de un producto), los consumidores estarán dispuestos a redirigir su consumo a otros bienes<sup>41</sup>. Dicho análisis, como propone la obra recién citada, “*pretende identificar a los productos que el consumidor considera sustitutos para lo cual se pretende estimar la previsible reacción sustitutiva por parte de los consumidores ante una variación pequeña y permanente de los precios*”. Se trata del método conocido como SSNIP (“*Small But Significant Nontransitory Increase In Prices*”) o “test del 5%” y fue aplicado por primera vez por la División Antitrust del Ministerio de Justicia – Lineamientos sobre Concentraciones – Junio 1984. El método consiste en determinar un grupo de productos tal que, si sólo existiera un único oferente de los mismos, éste estaría en condiciones de imponer de forma rentable un incremento de precio significativo y permanente, al no correr el riesgo de que su demanda se desplazara hacia otro producto. Debe recordarse que la similitud de precios de los productos evaluados es relevante para el análisis del mercado relevante ya que es altamente improbable que dos productos con precios sustancialmente diferentes sean considerados por los consumidores como sustitutos ya que un aumento en uno de los productos no desplazara el consumo hacia el otro.

Como elementos característicos de la sustituibilidad se pueden mencionar los siguientes: (i) no es necesaria una sustituibilidad perfecta o total basta con que haya cierto desplazamiento del consumo desde un producto a otro, y (ii) la sustituibilidad es normalmente asimétrica, es decir, los consumidores puedan estar dispuestos a sustituir un producto A por B pero no a la inversa. Si dos productos son sustituibles uno de otro, es decir, si un consumidor podría elegir comprar uno de ellos, significa que ambos formarán parte de la misma definición de mercado relevante. Si los dos productos son ofrecidos por empresas distintas ninguna de ellas tendrá la capacidad de incrementar el precio de su producto ya que ello supondrá un incremento en las ventas de su competidor. Por contraposición, si los dos productos los fabrica o comercializa la misma empresa, podrá incrementar simultáneamente el precio de ambos productos evitando las pérdidas.

La sustituibilidad por el lado de la oferta pretende determinar qué productos pertenecen al mismo mercado. En este análisis (para el cual se usan los mismos criterios que para análisis de la sustituibilidad de la demanda) se deberá considerar la posibilidad de que otras empresas que no se encuentran ofreciendo en el momento considerado los productos respectivos pudieran en un plazo corto de tiempo y con costos bajos, participar de dicho mercado. Dichas empresas representan en definitiva competidores potenciales e incluíbles en la definición del mercado relevante. Para las autoridades americanas todas aquellas empresas capaces en el plazo de un año de empezar a fabricar y vender el producto en cuestión como respuesta a una suba de precios pequeña pero significativa y permanente (SSNIP = 5%) sin incurrir por ello en grandes costes y/o riesgos, han de ser tenidos en cuenta por operadores ya presentes en el mercado. Son los denominados “Nuevos Productores Incondicionales”.

### 5.3.5. Barreras de entrada

La participación de las empresas en los mercados puede eventualmente mantenerse debido a la existencia de barreras de entrada a dicho mercado. En el Tratado de Defensa de la Competencia<sup>42</sup> se dice lo siguiente: “*Se podría llegar a identificar las siguientes barreras de entrada: (i) obstáculos legales y administrativos tales como: cuestiones de propiedad intelectual, existencia de monopolios legales, necesidad de autorizaciones administrativas para el ejercicio del comercio, (ii) inversiones de capital necesarias para crear la empresa que pueda entrar en el nuevo sector, (iii) los costos de adaptación de las estructuras productivas y la capacitación del personal, (iv) la diferenciación del producto de las empresas establecidas y (v) las dificultades de acceso a los canales de distribución*”. Una vez realizada dicha medición estaremos ante la presencia de mercados “poco desafiables” o “muy desafiables”. En el caso hipotético (seguramente de acaecimiento imposible) que no hubieran barreras para la entrada de nuevos productores la definición de mercado relevante incluirá todos aquellos lugares desde donde sería posible –económicamente- trasladarse para abrir otros mercados.

Una aproximación similar se hace sobre el tema en los Lineamientos de la CNDC<sup>43</sup> al establecer que “*Aun si una operación de concentración económica aumenta significativamente el nivel de concentración existente en el mercado relevante, es posible que ella no afecte negativamente al interés económico general si en ese mercado no existen barreras que impidan el ingreso de nuevos competidores*”. La amenaza del ingreso de nuevos competidores constituye un freno a la capacidad de las empresas existentes en el mercado de subir sus precios. Para ello es necesario que el ingreso de nuevos competidores al mercado puede realizarse en forma rápida,

<sup>41</sup> Lo que desde el punto de vista económico se conoce como “elasticidad cruzada” y ya explicamos anteriormente en este trabajo.

<sup>42</sup> Obra citada. Tomo 1. Página 474.

<sup>43</sup> Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la Republica Argentina. [www.mecon.gov.ar/cndc](http://www.mecon.gov.ar/cndc).

probable y significativa. En primer lugar, se evaluarán las empresas que parezcan tener una ventaja competitiva para ingresar en el mercado. Identificadas las cuales, el análisis de la existencia de barreras a la entrada incluirá un relevamiento de todos los esfuerzos que una empresa debe realizar a los efectos de producir y/o comercializar el producto relevante, incluyendo aspectos referidos a la planificación y el diseño del lanzamiento del producto, la capacidad administrativa necesaria para ello, la obtención de permisos legales, la construcción de instalaciones productivas o de comercialización, los gastos en promoción y comercialización y la satisfacción de los requerimientos de calidad exigidos por el marco normativo correspondiente. Las experiencias recientes referidas al ingreso de nuevos competidores al mercado relevante serán consideradas como puntos de referencia para tal análisis. Los tres elementos fundamentales para el posible ingreso de nuevos competidores son: (i) tiempo requerido para ingresar al mercado, (ii) probabilidad del ingreso al mercado, y (iii) importancia relativa (significativa) del ingreso.

### **5.3.6. La inclusión del mercado informal en la definición del Mercado Relevante.**

Por su importancia, queremos hacer un breve comentario sobre la incidencia que puede tener en la definición de mercado relevante la inclusión del mercado informal en la economía de nuestra región y en particular en nuestro país. Es cierto que las autoridades de aplicación enfrentarán serias dificultades para medir el mercado informal pero mucho más impreciso, cuando se define un mercado relevante, es ignorar su existencia. Nadie puede sensatamente desconocer que hay ciertos sectores de actividad (producción textil por ejemplo, venta de tabaco, bebidas, jugos, etc.) en los cuales un volumen importante se comercializa y/o produce en mercado informal. Ignorarlo supone concluir incorrectamente sobre cual es el mercado relevante. Hay incluso trabajos, a los que nos remitimos<sup>44</sup>, que miden el tamaño e importancia de mercados informales en la economía de varios países. Dichos trabajos demuestran la trascendencia de que la autoridades de aplicación tomen debida nota de este extremo y lo tengan en cuenta a la hora de analizar situaciones de defensa de la competencia. Los trabajos muestran que en economías de América Latina el mercado informal representa, en promedio, el 41 % del PBI total de la región.

## **5.4. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE.**

### **5.4.1. Introducción.**

Como adelantáramos, una de las hipótesis prohibidas por la LDC es el abuso de posición dominante. El artículo 14 dispone que está prohibido el abuso de la 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. Lamentablemente nuestra normativa no introduce la definición de cuando estamos en presencia de una situación de abuso de posición dominante. En consecuencia, corresponde recurrir a las nociones existentes en derecho comparado, tanto a nivel normativo como doctrinario y/o jurisprudencial.

Vale la pena recordar que el control sobre las conductas que adopten las empresas que tengan una posición dominante complementa adecuadamente un sistema de preservación de la libre competencia ya que las normas en materia de competencia controlan que las empresas (cuando hay varias) adopten conductas competitivas y no violatorias y cuando hay pocas o cuando una de ellas tiene posición dominante les prohíbe abusar de dicha posición; pero no detentarla.

Comentamos simplemente que los orígenes del instituto se remontan al derecho alemán y la noción de “abuso de derecho” luego recogida por el derecho civil.

### **5.4.2. Definición conceptual.**

Hay muchas definiciones sobre el concepto de abuso de posición dominante a nivel de derecho comparado y en la doctrina especializada. Todas ellas, como se verá, tienen en común la noción de que la empresa que tiene posición dominante es la empresa que se comparte en el mercado considerado con total independencia (léase ignorando) de sus competidores y en definitiva de los consumidores.

<sup>44</sup> Schneider, Friedrich – “Size and measurement of the informal economy in 110 countries around the Globe”. Julio 2002.

Para poder conceptualizar adecuadamente un tema tan amplio como este hemos utilizado la aproximación que se realiza en el Tratado de Defensa de la Competencia<sup>45</sup> en el sentido de que los elementos que configuran la conducta prohibida son tres: (i) la existencia de una posición de dominio, (ii) el comportamiento abusivo, y (iii) la afectación del mercado. Cada uno de dichos elementos serán analizados a continuación.

#### 5.4.2.1 Posición de Dominio.

La posición de dominio, dice el Memorando de la Comisión de la Unión Europea de fecha 1/12/1965, 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. Todas las definiciones de posición dominante tienen como elemento central la independencia con la que puedan actuar quienes tengan tal posición respecto de sus competidores, compradores y consumidores y /o la facultad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva.

Dubois<sup>46</sup> manifiesta que *“la posición dominante se define por el poder de una o más empresas, mediante la confiscación en su provecho de la influencia sobre el mercado, de determinar su conducta con total independencia, en sus relaciones verticales y/o horizontales y de comportarse de tal forma que la posición de dependencia económica sea utilizada, conscientemente o no, para conservar o reforzar ese poder.”*

De acuerdo con Cabanellas<sup>47</sup> la jurisprudencia y la doctrina han elaborado varios de los elementos necesarios para determinar la existencia de posiciones dominantes y en definitiva la ausencia de competencia efectiva. Entre tales elementos cabe mencionar los siguientes: (i) número de empresas que actúan en el mercado relevante<sup>48</sup>, (ii) participación proporcional de la empresa en el mercado relevante<sup>49</sup>, (iii) tamaño absoluto de la empresa, (iv) relación precios – costos de la empresa<sup>50</sup>, (v) relaciones con proveedores y canales de distribución, (vi) elasticidad de la demanda, (vii) poder de fijación de precios, y (viii) análisis de situaciones coyunturales.

Según se describe en el Tratado de Defensa de la Competencia ya citado<sup>51</sup> a nivel de la Comisión Europea se han hecho varios enfoques para identificar la existencia de una posición dominante. En general parten de un enfoque estructural del mercado (analizando entre otras cosas las cuotas del mercado y las barreras de entrada) y de la posición en el mismo de la empresa considerada, para luego pasar a un enfoque conductista (donde se comprueba el actuar independiente y autónomo y se trata de verificar la conclusión del análisis estructural) y finalmente se puede llegar a analizar la posición de la víctima para ver si existe dependencia o no.

Una importante aclaración respecto del análisis de las cuotas de mercado es que una elevada participación (o una muy baja) no constituye en sí misma prueba suficiente de la existencia o no de un poder de mercado. Transcribimos un párrafo de Pascual Sequeros en este sentido: *“Constituye un error sostener que existe posición de dominio porque estamos en presencia de altas cuotas de mercado, así como afirmar que dicha posición no se da en el supuesto de que la cuota sea excesivamente baja, prescindiendo en uno y en otro caso del previo análisis sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para que exista posición dominante: poder de mercado e independencia de comportamiento.”*

#### 5.4.2.2 El Comportamiento Abusivo.

La doctrina más reciente de la Unión Europea ha dicho que el concepto de posición dominante 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 y/o perjudica injustamente a sus competidores.

<sup>45</sup> Tratado de Defensa de la Competencia. Tomo 1. Página 462.

<sup>46</sup> La Posición Dominante y sus abusos bajo el Tratado de Roma. Paris. 1968

<sup>47</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta SRL. Páginas 655 y siguientes.

<sup>48</sup> Excluyendo la situación donde hay una sola empresa (monopolio) en la jurisprudencia alemana se ha observado acertadamente que dos empresas pueden actuar competitivamente entre sí, y que diez empresas pueden no hacerlo.

<sup>49</sup> Se acepta en la Unión Europea que un porcentaje superior al 80% implica posición dominante (o por lo menos una contundente presunción de su existencia) pero aclarando, que en ciertos casos, participaciones de 40 o 45 % pueden también considerarse posición dominante.

<sup>50</sup> Si una empresa cuenta con la posibilidad de incrementar significativamente sus precios sin sufrir reducciones en las ventas, ello supone que hay algún obstáculo para el ingreso de otras empresas.

<sup>51</sup> Tomo 1, Página 469.



Coincidente con este enfoque los autores Braun, Gleiss y Hirsch indican que hay conductas abusivas cuando “*la empresa dominante, actuando sin la justificación de un interés objetivo, explota o perjudica gravemente a las otras empresas que operan en el mismo o a los consumidores*”<sup>52</sup> y que “*el hecho que una o más personas se comporten en el mercado de forma de obtener ventajas anormales en relación a las que lograrían en caso de sufrir las presiones de fuerzas concurrentes es igualmente constitutivo de abuso*”.

A su vez, varias conductas pueden ser consideradas como normales para cualquier empresa en el mercado y podrían ser adoptadas sin ningún problema por las empresas no dominantes, mientras que las mismas conductas pueden resultar prohibidas para una empresa dominante. Desde esta concepción objetiva se deriva la idea de que la empresa dominante tiene, por serlo, una especial responsabilidad en su comportamiento de seguir manteniendo una actitud competitiva, a las que son ajenas las empresas no dominantes.<sup>53</sup>

Existe abundante desarrollo sobre las formas y ejemplos más comunes de abusar de una posición dominante. No siendo el objetivo de este trabajo analizar dichos casos, nos limitamos a mencionar los ejemplos más comunes, a saber: (i) imposición de precios abusivos, (ii) imposición de condiciones abusivas de contratación, (iii) negativa a satisfacer pedidos, (iv) precios u otras condiciones discriminatorias, y (vi) imposición de prestaciones u operaciones suplementarias.

#### 5.4.2.3 Mercado Afectado.

El mercado afectado en los casos de abuso de posición dominante es el mercado relevante por lo que nos remitimos a las consideraciones que hicimos al comentar este concepto. A su vez, varias jurisdicciones (como la nuestra por ejemplo bajo la LDC) exigen que se genere un perjuicio relevante al interés económico general. Dicho concepto será analizado en el punto 5.5 siguiente.

#### 5.4.3 Soluciones de otras jurisdicciones.

El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Unión Europea ha dicho que: “*Se define como posición dominante la situación de poder económico en que se encuentra una empresa que le permite prescindir del comportamiento del mercado y planificar su propia estrategia. Esto significa que en su comportamiento la empresa (o empresas) actúa de forma completamente independiente respecto de competidores, clientes y consumidores, lo cual le permite fijar los precios y demás condiciones contractuales sin tener en cuenta las normas que sobre la competencia fija el propio mercado*”. Como elementos que caracterizan la posición dominante se encuentran: (i) posibilidad de fijar unilateralmente el precio, (ii) supresión de la libertad de elección de los consumidores y (iii) adopción de una política industrial y/o de ventas por parte del empresario independientemente de las condiciones del mercado y de la conducta de los demás competidores.

El 25 de agosto de 1999 el Congreso Argentino dictó la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 por la cual se establecen normas de defensa de la competencia derogándose la anterior Ley de Defensa de la Competencia (N° 22.262). Dicha normativa incluye previsiones sobre abuso de posición dominante. Por ejemplo: el artículo cuarto de la ley argentina dispone que una o más personas “*gozan de una posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio son las únicas oferentes o demandantes dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical o horizontal está en condiciones de determinar el grado de viabilidad económica de un competidor participante del mercado, en perjuicio*”.

Recientemente la autoridad de aplicación estableció que configura una posición de dominio en un mercado determinado cuando el investigado “*tiene la posibilidad de actuar en forma plenamente independiente, es decir, cuando puede conducir sus negocios sin consideración de las reacciones de sus competidores y clientes, o cuando las empresas tienen la posibilidad de comportarse independientemente, sin tomar en cuenta, de manera sustancial a sus competidores, compradores o proveedores*” y agregó que “*constituyen elementos esenciales para el análisis de una posición dominante la participación de mercado, factores y ventajas competitivas, fortaleza de los restantes competidores y el poder de compra de los clientes*”.

<sup>52</sup> Braun, Gleiss y Hirsch. “Droit de Ententes” de la CEE. Bruselas. 1977.

<sup>53</sup> Esta responsabilidad de las empresas dominantes ha sido destacada en importantes casos (Michelin – 1981, Irish Sugar – Octubre 1999 a nivel de la Unión Europea) y (Airtel/Telefónica – Febrero 1999, Polvorines – Enero 2000, Gas Sabadell – Febrero 2000 y Retevisión/Telefónica – Marzo 2000 en España).

#### 5.4.4. Apunte final del capítulo.

No solamente la noción de posición dominante es importante para entender cuando estamos ante un caso de abuso de dicha posición sino también para el control previo de concentraciones económicas (que no ha sido objeto de este trabajo pero es de vital importancia en varios países y lo será en Uruguay, de sancionarse el Proyecto) ya que las concentraciones (al menos a nivel de la Unión Europea y de acuerdo a lo previsto en el Reglamento N° 4064/89) cuyo efecto pueda ser la creación de un obstáculo significativo para una competencia efectiva al crear o reforzar una posición dominante, no son aceptadas en dichas jurisdicciones.

#### 5.5. INTERÉS ECONÓMICO GENERAL.

##### 5.5.1. Introducción.

Otro de los conceptos claves de las normas de defensa de la competencia es el de interés económico general<sup>54</sup>.

Varias legislaciones (como la nuestra) tienen previsiones por las cuales aclaran que a los efectos de determinar si una conducta es o no violatoria de las normas de defensa de la competencia deberá determinarse si afecta o no el interés económico general<sup>55</sup>. Es decir, es un concepto que tiene como principal efecto que puede llegar a limitar significativamente el marco de las prohibiciones de la leyes de competencia. La razón de ello es que no todas las conductas lesivas de la competencia son contrarias a los intereses económicos de la comunidad. Por ejemplo: el acto por el cual dos empresas se fusionan puede disminuir la competencia en cierto sector pero podría significar (por aplicación de las economías de escala) una eventual reducción de los precios).

##### 5.5.2. Definición conceptual.

Queremos inicialmente aclarar que si bien el concepto de interés económico general es un concepto relativamente vago e impreciso<sup>56</sup> hay una cierta coincidencia en que el argumento del interés general no puede servir ni ser de utilidad en aquellos casos en que las conductas son evidentemente anticompetitivas (por ejemplo: acuerdos entre competidores para fijar precios o un cartel para repartirse un mercado).

Así, Guillermo Cabanellas dice<sup>57</sup>: “...la competencia en los mercados es un valor positivo de significación, [...] se parte del supuesto que los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y que la libre concurrencia en los mercados es la verdadera fuerza impulsora de la economía. No podrá entonces argumentarse válidamente, que un acuerdo de fijación de precios, es correcto y no afecta el interés económico general”.

Sencillamente, hay algunas conductas donde el análisis de si se perjudica o no el interés económico general directamente no corresponde o de otro modo, debe considerarse automáticamente perjudicado el interés económico general. Este enfoque ha sido además, para cierto tipo de conductas, la opinión unánime de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de la República Argentina en los últimos tiempos. Dicha autoridad de aplicación ha dicho que: “El interés económico general está preservando cuando está preservado el funcionamiento del mercado, ya que de este modo se obtienen todos los beneficios que resultan de la competencia; de manera que cuando se conspira contra ella, se afecta el interés económico general protegido por la norma” y “si la demanda esta regularmente satisfecha no se afecta el interés económico general”.

Otro aspecto interesante es el sentido que debe darse al vocablo “general”. Básicamente, el mismo pretende indicar que los efectos de las conductas anticompetitivas deben evaluarse no en relación a un aspecto aislado del sistema productivo sino considerando en conjunto las consecuencias de esas conductas sobre los valores económicos reconocidos por la comunidad. Tal el enfoque de Jorge Otamendi<sup>58</sup>. Más concretamente, el interés económico general no es el interés de un competidor en particular o de un grupo de competidores sino de la sociedad en general, con especial atención a los consumidores. Según dice Guillermo Cabanellas en su obra ya

<sup>54</sup> Bienestar general de los consumidores.

<sup>55</sup> La discusión que existe en otras jurisdicciones sobre si el perjuicio debe existir en los hechos o tener la potencialidad de causarlo no tiene sentido en nuestro país donde se prevé que no corresponde la aplicación de las normas cuando no existe tal perjuicio. Artículo 14 de la LDC “in fine”.

<sup>56</sup> Conforme Cabanellas (Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta SRL. Pagina 178) y Soldano, A y Lansa, W en “El interés económico general en la ley de defensa de la competencia” – Revista La Ley N° 248, 1993.

<sup>57</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta SRL. Página 179 y siguientes.

<sup>58</sup> Presupuestos básicos para la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. La Ley. 10/04/1981.

citada<sup>59</sup> “El método adecuado para evaluar en qué medida se perjudica o beneficia el interés económico general, consiste en computar por una parte los beneficios que puede derivar para la comunidad, o un sector de esta, y por otra los perjuicios que resulten, considerados en forma similar, teniéndose en cuenta en ambos casos consideraciones de índole económico”.

Es interesante recordar, con el fin de reducir el margen de ambigüedad del concepto, las consideraciones que se realizan a nivel de la propia Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sobre el mismo<sup>60</sup> en la que informan que desde el punto de vista económico, sin embargo, resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de "excedente del consumidor", "excedente del productor", "excedente total" y "función de bienestar social". Transcribimos a continuación un par de párrafos de dicha consideraciones.

“La idea en la cual se basa la definición del excedente del consumidor es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y precios que enfrenta en el mercado, pero sirven también para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión. El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto que se define en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o “excedente del productor”. Es también susceptible de ser agregado, a través de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen o pueden estimarse las funciones de demanda de tales consumidores o mercados, el concepto puede además medirse, y representarse a través del área que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión”.

La sumatoria del excedente del consumidor y del excedente del productor nos permite llegar a una primera definición operativa, dice la CNDC de la República Argentina, del valor del interés económico general en un mercado, siendo este “excedente total de los agentes económicos” concepto al que se llega, como dijimos, sumando el excedente del consumidor y del productor. El “excedente total de los agentes económicos” está en su máximo posible en los escenarios de competencia perfecta que describimos al comienzo de este artículo. Dicha identificación entre la solución que maximiza el excedente total de los agentes económicos y el equilibrio de mercado bajo condiciones de competencia perfecta (es decir, bajo condiciones en las cuales todos los consumidores buscan maximizar su propio excedente, todas las empresas buscan maximizar su beneficio, y todos los agentes son tomadores de precios) es una consecuencia del llamado "primer teorema de la economía del bienestar", que ha sido analizado a fondo por la teoría económica.

En otro orden recordamos que en la Unión Europea el concepto de interés económico general no es utilizado explícitamente, pero el artículo 85 inciso 3 del Tratado de Roma autoriza a reconocer validez a ciertas conductas siempre que las mismas (i) contribuyan a mejorar la producción y distribución de bienes<sup>61</sup>, (ii) promuevan el progreso técnico y económico, (iii) permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes, (iv) generen restricciones no evitables, y (v) no otorguen a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia en el mercado considerado.

### 5.5.3. Comentario final sobre el concepto vinculado al Proyecto.

Según lo anticipado, la LDC contiene una disposición específica (artículo 14 inciso final de la LDC) que dispone que la aplicación de las normas de defensa de la competencia procede solamente cuando la distorsión en el mercado genere un perjuicio relevante al interés general. Esta previsión no se encuentra a texto expreso en el Proyecto. No obstante, el mismo prevé en uno de sus artículos que a los efectos de valorar la legitimidad o ilegitimidad de las conductas que importen una reducción de la competencia, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas generan ganancias de eficiencia en el desempeño económico de los sujetos,

<sup>59</sup> Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Editorial Heliasta SRL. Página 179 y siguientes.

<sup>60</sup> Disponibles en [www.mecon.gov.ar/cndc](http://www.mecon.gov.ar/cndc).

<sup>61</sup> El caso más paradigmático son los acuerdos de distribución exclusiva que encuentran su justificación y por ende su validez legal en nociones de este tipo.

unidades económicas y empresas involucradas, y el beneficio que los mismos trasladan a los consumidores. Como se ve claramente, se trata en definitiva del concepto de “interés económico general” tomando posición nuestra legislación por un concepto en el que únicamente se tomarán en cuenta cuestiones económicas, a nuestro juicio en forma acertada.

