

# BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

---

## BOLETIM LATINOAMERICANO DE CONCORRÊNCIA

---

N° 4  
Parte 2

Agosto 1998

---

### ÍNDICE DE LA PARTE 2 (Véase Parte 1 en documento separado)

0 - EDITORIAL	3
1- UNIÓN EUROPEA: <b>LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: LA NECESIDAD DE CONSIDERAR NEGOCIACIONES</b> Por Karel van Miert (Comisión Europea)	4
<b>REFLEXIONES SOBRE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA</b> Por Carolina Vaira y Juan Antonio Rivière Martí (DG4)	10
<b>EL ASUNTO SAMSUNG: LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA COMISIÓN EN VIRTUD DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES</b> Por Andrés Font Galarza (DG4)	16
<b>APPUNTI SULLA PROPOSTA DI LEGGE DI ROFORMA DEL SISTEMA INGLESE DI TULEA DELLA CONCORRENZA</b> Por Luciano di Via (Autorità Garante della Concorrenza-Italia)	19
<b>SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS QUE ANULA LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN QUE AUTORIZA LA INYECCIÓN DE CAPITAL DEL ESTADO FRANCÉS EN LA COMPAÑÍA AIR FRANCE</b> Por Begoña Uriarte Valiente (Cuatrecasas Abogados)	26
<b>DE LA DESMONOPOLIZACIÓN A LA COMPETENCIA EFECTIVA: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITRUST COMUNITARIA ESPAÑOLA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES</b> Por Juan J. Montero y Luis Souto Soubrier (Instituto Universitario Europeo--Florenia)	28

2- VENEZUELA:	<b>UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN</b> Por Ignacio De León	50
---------------	--	----

### 3- INFORMACIÓN Y PUBLICACIONES

72

#### **Véase Parte 1 (en documento separado)**

0 - EDITORIAL		2
1 - ARGENTINA:	<b>COMERCIO ELECTRÓNICO Y MERCOSUR</b> Por Pablo Palazzi y Julián Peña	4
2 - COSTA RICA:	<b>EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LAS LEYES Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA: EL CASO DE COSTA RICA</b> Por Pamela Sittenfeld	16
3- INTAL:	<b>BRIEF REVIEW OF COMPETITION POLICY IN THE SOUTHERN COMMON MARKET (MERCOSUR)</b> Por Uziel B. Nogueira	29
4- MÉXICO:	<b>REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA</b> Por Luis A. Prado Robles y Ricardo Elizondo Castro	34
	<b>APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y REFORMAS ECONÓMICAS</b> Por Elías Mizrahi	42
5- PERÚ	<b>LA LEY ANTIMONOPOLIOS Y ANTIOLOGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO: ¿DEBEN CONTROLARSE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EN EL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD?</b> Por Italo F. Carrano Tarrillo	48
6- SELA:	<b>COMPETENCIA, COMERCIO INTERNACIONAL Y DESARROLLO: DEL CIRCULO VIRTUOSO AL VICIOSO</b> Por Manuela Tortora	52
7- INFORMACIÓN Y PUBLICACIONES		59

**EDITORIAL**

Queridos Amigos del Boletín:

Es un honor para mi presentar el Boletín Latinoamericano de Competencia No. 4. En esta ocasión, contamos con una gran variedad de artículos de Argentina, Costa Rica, México, Perú, de la Unión Europea, el INTAL y SELA. Veo con gran satisfacción que el número de personas interesadas en colaborar en este proyecto aumenta con rapidez. Esto refleja la creciente importancia de la política de competencia y justifica la necesidad de contar con espacios para su difusión, tales como el nuestro.

Un aspecto importante para promover el boletín es el papel que juegan los coordinadores, por lo que es necesario contar con voluntarios para compaginar los próximos números. Recuerden que para el boletín no. 5 hemos convenido que sea centralizado desde Perú por la Dra. Joselyn Olaechea de la Comisión de Libre Competencia de Indecopi ([clcjola@indecopi.gob.pe](mailto:clcjola@indecopi.gob.pe)), esperando las contribuciones escritas para finales de noviembre de 1998.

Por otra parte, deseamos seguir ampliando la lista de lectores y de futuros escritores del boletín por lo que invito a todos nuestros amigos a promover este proyecto en sus respectivos países y a que nos envíen los datos pertinentes de las personas o instituciones a las que les pueda interesar.

Gracias por su apoyo. Les saluda cordialmente,

Greta Spota Diericx  
Subdirectora del Área Internacional  
Comisión Federal de Competencia  
MÉXICO

agosto de 1998

## La Organización Mundial del Comercio y la Política de Competencia: La necesidad de considerar negociaciones<sup>1</sup>

**Karel van Miert**

Miembro de la Comisión Europea responsable de la competencia

### Introducción

Durante el último año, he seguido las actividades en la dimensión internacional de la política de competencia con gran atención. La Unión Europea ha tomado la iniciativa en este campo. Nuestra comunicación de junio de 1996 puso la competencia en un primer lugar en la agenda internacional e inspiró a la reunión ministerial de Singapur para establecer un grupo de trabajo de la OMC sobre la interacción entre el comercio y la política de competencia.

Existen varios argumentos institucionales para elegir a la OMC como el foro para la negociación y el establecimiento de un marco internacional para reglas de competencia. Más aún, la OMC tiene casi la calidad de miembro universal y puede proporcionar una respuesta equilibrada tanto a los intereses de países desarrollados como de países en vías de desarrollo. Por ello no podemos ni subestimar las ventajas de implicar a la mayoría de la comunidad internacional en el debate internacional de competencia, ni las desventajas de excluirla.

También, hemos insistido siempre en que el grupo de trabajo prestara una cuidadosa atención al trabajo hecho ya por otras organizaciones, especialmente la UNCTAD, la OCDE y el Banco Mundial. Vale la pena mencionar que el reciente simposio en Ginebra sobre el desarrollo económico y el comercio internacional que implicaba a estas tres organizaciones, además de la OMC, ha demostrado ser muy enriquecedor.

Hasta ahora, las extensas discusiones del grupo de trabajo de la OMC parecen muy prometedoras. Pero, como se sabe, se le ha otorgado al grupo de trabajo un mandato solo para "estudiar" la interacción entre el comercio y la política de competencia. Sin embargo creemos que debemos ir más allá de esta etapa. Al final del actual mandato, debemos seriamente considerar negociaciones sobre el desarrollo de un marco multilateral de reglas de competencia.

### 1) El caso de un acuerdo multilateral sobre reglas de competencia

En primer lugar podríamos establecer algunas de las razones por las que creemos que un acuerdo multilateral sobre la competencia es necesario. En la economía global de hoy, existen numerosas prácticas anticompetitivas que tienen una dimensión internacional y que por lo tanto caen bajo la jurisdicción de diversas autoridades de competencia. Esto puede resultar en conflictos en cuanto a la ley y a la jurisdicción aplicable y podría hacer difícil que los organismos de competencia traten las prácticas restrictivas realizadas fuera de sus territorios.

Varios países han concluido, o están en vías de hacerlo, acuerdos de cooperación entre sus autoridades de competencia. Además, muchos acuerdos internacionales, bilaterales o sectoriales, incluyen disposiciones sobre competencia. Sin embargo, este método caso por caso no es suficiente para resolver todas las inquietudes producidas por la globalización. Un planteamiento más completo y consistente resulta necesario.

La mayor parte de los miembros de la OMC, incluyendo una gran mayoría de países en vías de desarrollo, parecen reconocer que un marco internacional de reglas de competencia contribuiría al desarrollo del comercio internacional y por lo tanto beneficiaría a todas las partes interesadas. Efectivamente, hay un reconocimiento cada vez mayor que las prácticas empresariales anticompetitivas pueden en ciertos casos tener un efecto restrictivo en el acceso a mercados. Hay también un consenso general que la política de la competencia es un factor clave en el apoyo de la competitividad de la industria, en la protección de un buen funcionamiento de la economía, y en la maximización del bienestar del consumidor.

Los países en vías de desarrollo pueden obtener más ventajas en la adopción de un marco internacional de reglas de

---

<sup>1</sup> Discurso ante los embajadores de en la OMC, Ginebra 21 de abril de 1998

competencia. Por una parte, podrían beneficiarse inmediatamente del marco multilateral permitiendo solicitar cooperación para combatir prácticas empresariales anticompetitivas y recibir asistencia técnica relativa a la creación de las estructuras nacionales de competencia. Por otra parte, se podrían prever períodos de transición en el marco multilateral diseñados para resolver ciertos problemas específicos de economías en desarrollo.

## **2) Nuestras propuestas para las negociaciones**

Ahora consideraremos cuales son las áreas que podrían ser abarcadas por las negociaciones. A la luz de las discusiones que ya han tenido lugar en el grupo de trabajo, creemos que las negociaciones podrían centrarse en los siguientes cuatro puntos:

- Primero, las partes contratantes podrían comprometerse a adoptar estructuras nacionales de competencia. Esto implicaría reglas de competencia básicas sobre prácticas empresariales restrictivas, abuso de poder de mercado y fusiones. Por supuesto, la simple adopción de la legislación nacional no garantiza que la ley de competencia se haría cumplir de una manera eficiente. No se asegura tampoco que no haya ninguna discriminación entre empresas nacionales y extranjeras. Esta legislación debería por lo tanto acompañarse con disposiciones adecuadas de aplicación y un derecho de acceso para las empresas a las autoridades nacionales encargadas de la aplicación y a los tribunales nacionales.

- En segundo lugar, esta estructura nacional de competencia podría incluir principios o normas comunes sobre prácticas anticompetitivas con una dimensión internacional. Parece oportuno concentrarse inicialmente en las áreas donde el consenso internacional puede alcanzarse en una temprana etapa. Pensamos aquí en las restricciones horizontales: fijación de precios y de producción, reparto de mercados, coordinación de ofertas y cárteles de exportación. El trabajo en otras áreas, tales como monopolios y restricciones verticales puede llevar más tiempo, pero se podría comenzar en paralelo. Por otra parte, la creación de una autoridad internacional de competencia con poderes propios de investigación y aplicación, no es una opción posible.

- En tercer lugar, los elementos de un instrumento de cooperación podrían también desarrollarse. Se podrían basar, en gran parte, en la experiencia alcanzada hasta ahora. Esto significa que incluyan por ejemplo el intercambio de información y de notificación no confidenciales. Éstos son algunos, entre otros procedimientos, ya proporcionados por la recomendación de la OCDE de 1995. Pero un acuerdo de la OMC debería también ampliarse a otras formas de cooperación que pueden encontrarse en los acuerdos bilaterales. Podríamos pensar, especialmente en la "cortesía positiva", característica importante de las relaciones UE/USA en este campo.

Este instrumento permite que la autoridad de competencia de una parte pida a otra que investigue y si fuera necesario que tome medidas cuando la conducta anticompetitiva llevada a cabo en el mercado de esta última afecta a los intereses importantes de la primera. El grupo podría incluso considerar la inclusión en el acuerdo multilateral de la versión consolidada sobre cortesía positiva que concluiremos pronto con los Estados Unidos<sup>2</sup>. Nuestro nuevo acuerdo crea una presunción que cuando las actividades anticompetitivas ocurren en el territorio de una parte y afectan a los intereses de la otra parte, esta última diferirá o suspenderá normalmente sus actividades de aplicación en favor de la primera. Este instrumento debería ser una alternativa positiva a la aplicación extraterritorial de la ley de competencia que es a menudo un foco de conflicto.

Por supuesto, las precauciones deberían tomarse para asegurarse de que una parte con una postura "más pro-activa" y con más recursos disponibles no influya en la agenda y perturbe las prioridades de aplicación establecidas por la otra parte. Habría que dar prioridad a las prácticas con un efecto importante de restricción al acceso a los mercados.

- Finalmente, debería crearse un mecanismo para resolver conflictos en circunstancias claramente especificadas. Podríamos imaginarnos, por ejemplo, una adaptación del actual mecanismo de solución de diferencias de la OMC, pero seguimos estando abiertos sobre esta cuestión.

---

<sup>2</sup> Este acuerdo ha sido concluido y aprobado mediante la Decisión del Consejo y la Comisión del 29 de mayo de 1998, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 18 de junio de 1996.

### 3) Los argumentos contra las negociaciones

La idea de las negociaciones está aún en su etapa embrionaria. Pero nos preguntamos si los escépticos no están desatendiendo los progresos más recientes en la OMC y otras organizaciones tales como UNCTAD. Diversas reuniones sobre la política de competencia y el comercio celebradas en estas organizaciones han mostrado claramente que la mayor parte de los países están convencidos de la necesidad de adoptar una ley de competencia nacional que cubra todos los sectores de la economía, y de la creación de una estructura administrativa para aplicar la ley de competencia.

Por otra parte, los argumentos generalmente propuestos para oponerse a éstas negociaciones no son convincentes.

#### a) La OMC es demasiado diversa

Se ha afirmado que la OMC no es un foro apropiado porque es demasiado diverso y porque la mitad de sus miembros no tiene leyes de competencia nacionales.

Estamos convencido que esta diversidad no es un obstáculo importante para las negociaciones. Nuestra experiencia del GATT demuestra claramente esto.

También se exagera el argumento de diversidad. En primer lugar, ya ha emergido un consenso sobre la necesidad de adoptar leyes de competencia nacionales basadas en principios comunes. Por otra parte, los miembros de la OMC que han adoptado recientemente, o están adoptando, leyes de competencia nacionales han buscado claramente la inspiración en los principios adoptados ya por países con mayor experiencia en este campo. Éste es un signo claro hacia una convergencia global.

Por supuesto, esta convergencia no es siempre obvia en el detalle de las diversas leyes de competencia individuales. En todo caso, no estamos aspirando a una armonización. Nuestra experiencia con los Estados Unidos ha demostrado que diversos ordenamientos jurídicos pueden también alcanzar resultados conjuntos comparables.

Se utiliza a veces el caso de Boeing/ MC Donnell Douglas para ilustrar posibles desacuerdos entre los EE.UU. y la UE, y la dificultad en alcanzar el acuerdo sobre una base multilateral. En nuestra opinión, no podemos llegar a tal conclusión de este caso. Es verdad que el caso de Boeing ha mostrado que dos autoridades de competencia pueden llegar a conclusiones diferentes sobre los mismos hechos. Pero esto no es sorprendente. Incluso cuando dos autoridades de competencia aplican los mismos principios, hay siempre una posibilidad de divergencia en los criterios de análisis que se utilizan respectivamente. Por otra parte, incluso cuando los criterios del análisis son similares, uno tiene que tener en cuenta que el efecto de una transacción puede ser diferente en dos mercados separados. En realidad, lo que pensamos es que el caso de Boeing demuestra cómo la cooperación internacional es crucial. Esta cooperación es precisamente uno de los temas que hemos propuesto para las discusiones en el grupo.

Es verdad que sería más fácil de alcanzar un acuerdo sobre cárteles horizontales que, por ejemplo, uno sobre restricciones verticales o abuso posición dominante. Esto explica porqué estamos a favor de un planteamiento progresivo. Las negociaciones podían empezar con los cárteles horizontales. Por otra parte, en lo que se refiere a las restricciones verticales o a los abusos de posición dominante, un acuerdo internacional podía limitarse a la determinación de criterios que deben ser considerados por las autoridades de competencia al evaluar si ciertas prácticas tienen un efecto importante de restricción en el acceso a los mercados.

#### b) El denominador común más bajo prevalecería

También se ha afirmado que esfuerzos para lograr un consenso multilateral para acordar principios de competencia podrían terminar legitimando normas débiles e ineficaces. Es probable que ningún acuerdo en la OMC sobre competencia se iguale al nivel de la política de competencia y de los instrumentos logrados por países que tienen décadas de experiencia en actividades anticompetitivas. Pero es realmente esto un problema? No estamos hablando sobre el reemplazo del derecho nacional por normas internacionales. Intentamos crear un marco internacional para la aplicación apropiada de las leyes de cada miembro de la OMC.

Los países de la OCDE han acordado recientemente condenar los cárteles de mayor relevancia (hard-core). Este consenso tiene ventajas claras que permiten que las autoridades de competencia de países de la OCDE coordinen sus actividades en cuanto a éste tipo de cárteles. También aparece en un momento en que es necesario señalar claramente que estas autoridades pueden cooperar efectivamente en la lucha contra las prácticas anticompetitivas, que intentan neutralizar los beneficios de la globalización y liberalización de la economía mundial.

Un acuerdo en la OMC, aún cuando no cubriera todas las prácticas anticompetitivas que generalmente se condenan por leyes de competencia nacionales, tendría resultados similares. Ningún país debería aprobar la fijación de precios horizontales, ofertas colusorias o el reparto de mercados. Éstos son sólo ejemplos de las prácticas anticompetitivas más dañinas. Como hemos mencionado ya, la mayor parte de los países en vías de desarrollo están convencidos que tales prácticas anticompetitivas deberían tratarse de la manera más eficiente.

#### **4) Distribución de información y solución de diferencias**

##### **a) Distribución de información**

El intercambio de información es probablemente uno de los asuntos más difíciles que las autoridades de competencia tienen que considerar en la cooperación internacional.

No cabe duda de que, de una perspectiva pura de aplicación de ley de competencia, la capacidad de recibir la información relativa a la conducta anticompetitiva, cualquiera que sea la fuente, facilitaría la aplicación de las reglas de competencia. Una aplicación efectiva llevaría a una reducción en el número de prácticas anticompetitivas, a través de la eliminación de un mayor número de prácticas anticompetitivas en casos individuales, o a través del efecto disuasivo que la aplicación tendría. Esto reportaría beneficios tanto para los consumidores como para la actividad empresarial.

Sin embargo, el intercambio de información empresarial confidencial no está fuera de riesgo.

Por ejemplo, una amplia cantidad de información de naturaleza más o menos confidencial es presentada a la Comisión de forma voluntaria por las empresas que se fusionan o que tomaron parte en acuerdos, o por los querellantes que temen la venganza y desean seguir siendo anónimos. El conocimiento de que tal información podría compartirse con otras autoridades de competencia podría disuadir a las empresas de la notificación de ciertos acuerdos o el suministro de ciertos puntos de la información. Tal desarrollo podría ser contraproducente para la aplicación de nuestras reglas de competencia.

Por otra parte, incluso entre los países con sistemas desarrollados de reglas de competencia, existe cierto grado de divergencia, particularmente en lo que se refiere a cierta conducta que puede ser prohibida bajo una serie de normas pero toleradas por otras, así como en lo relativo a la severidad de las sanciones (por ejemplo las sanciones criminales para la conspiración en los EE.UU., en comparación con las multas administrativas para actividades de cártel en la UE). Es una cuestión de interés para la empresa que la información intercambiada referente a esas actividades, que no están sujetas a sanciones o están sujeta a sanciones menos severas en un país, pueda permitir a las autoridades de competencia de otro país castigar a empresas y a particulares más seriamente con la aplicación de sus propias normas. Además, aún en caso en donde puede pensarse que las actividades investigadas infringen ambos grupos de normas, no es seguro que ambos procedimientos terminarán en una prohibición final. En caso que una parte decida cerrar el caso, la información intercambiada al principio puede permitir que la otra parte proceda e imponga sanciones a las empresas o a las personas implicadas sobre la base de sus propias normas.

Éstos son sólo ejemplos del riesgo de compartir la información confidencial. Podría añadirse el riesgo de que la información compartida con una autoridad extranjera de competencia puede comunicarse a otras autoridades.

Somos completamente conscientes de todos estos riesgos. Ésta es la razón por la que creemos que sería prematuro considerar la apertura de discusiones o de negociaciones en la OMC relativas al problema del intercambio de información confidencial.

Si algún progreso pudiera considerarse en este campo, pensamos que sería sobre una base bilateral, entre los países que tienen ya experiencia en la cooperación.

El progreso en la intercambio de información podría también considerarse en un acuerdo multilateral, mientras se haga de forma voluntaria. Por ejemplo, el Consejo de la OCDE adoptó el mes pasado una recomendación (a nivel de los embajadores) sobre cárteles de mayor relevancia (hard-core cárteles), que fomenta la comunicación de la información confidencial. Sin embargo, el documento es solamente una recomendación y por lo tanto no impone ninguna obligación, simplemente “alienta” a los miembros de la OCDE a concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para dar efecto a la recomendación. El texto también establece los numerosos casos en que un país miembro puede negarse a cooperar. Finalmente, la comunicación de la información confidencial puede preverse solamente de conformidad con la legislación nacional. En nuestro caso, significa que no es posible simplemente (a menos que por supuesto las partes nos autoricen a hacer esto).

#### **b) Instrumento de solución de diferencias**

Una característica esencial de la OMC es que las normas obligatorias son apoyadas por un efectivo mecanismo de solución de diferencias.

Algunos miembros de la OMC han expresado su preocupación acerca de las implicaciones de la aplicación de los mecanismos de solución de diferencias de la OMC en un marco multilateral de reglas de competencia. Esta preocupación se refiere esencialmente a la necesidad de evitar una situación en que las decisiones judiciales estuvieran sujetas a la revisión de un grupo de expertos de la OMC (panel), así como la importancia de asegurarse que las autoridades de competencia retengan un margen amplio de evaluación en lo que se refiere a los problemas legales y las resoluciones efectivas que conciernen a la aplicación de la ley de competencia.

Para ayudar a abordar tales intereses, que están en gran parte justificados, nos gustaría hacer referencia al papel que podría preverse para el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Lo que tenemos en perspectiva es un instrumento de solución de diferencias para asegurarse que los miembros de la OMC hagan frente a sus compromisos. Lo menos que se puede esperar de un país que ha asumido un compromiso obligatorio es que sea fiel a su palabra. Por ejemplo, si un país se compromete a crear una estructura nacional de competencia, debería hacerlo. Del mismo modo, los compromisos que los países pueden asumir para cooperar con respecto a ciertas prácticas anticompetitivas deben cumplirse de buena fe.

El sistema de solución de diferencias de la OMC serviría, esencialmente para asegurar el cumplimiento por parte de los Gobiernos y sus organismos de las obligaciones asumidas bajo el marco multilateral. No emprendería una revisión de la jurisprudencia de los tribunales. Por otra parte, habría que dar una prudente consideración a las normas del estudio que podrían ser aplicadas por los paneles.

Creo por lo tanto que la solución de diferencias de la OMC no debería considerarse como un obstáculo para una decisión de poner en marcha las negociaciones de reglas de competencia en un marco multilateral. Mientras varios asuntos difíciles necesitan ser resueltos, la OMC podría emplear ciertamente su tradicional pragmatismo para encontrar las soluciones que se adapten bien a las especificidades de la ley y a la política de competencia.

En cualquier caso, está claro que la medida en la cual la solución de diferencias de la OMC podría aplicarse a un marco de ley de competencia podría dirigirse solamente una vez que haya mayor claridad sobre el tipo de normas negociadas. No creemos por lo tanto que éste sea un problema que necesitamos considerar con gran detalle en una etapa inicial de nuestras discusiones.

**En conclusión**, nosotros estamos animados por los progresos hechos por el grupo. La discusión sobre la sustancia de la ley y la política de competencia está enriqueciéndose para todo el mundo. Pero el trabajo en la OMC no debería confinarse a un proceso educativo, no obstante que éste es importante. La OMC tendrá que contestar a la pregunta de si hay una voluntad política entre sus miembros para continuar y para abrir negociaciones, en 1999, sobre el



establecimiento de un marco multilateral de reglas de competencia. Creemos, que a pesar de una cierta reticencia y aprehensión, necesitamos movernos hacia un consenso.

**Reflexiones sobre los acuerdos de cooperación  
entre autoridades nacionales de competencia**<sup>®</sup>

Carolina Vaira<sup>1</sup>  
Juan Antonio Rivière Martí<sup>2</sup>  
[Juan.Riviere@dg4.cec.be](mailto:Juan.Riviere@dg4.cec.be)

**Introducción**

En esta década de apertura económica se han ido asentando las bases para una aplicación efectiva de las reglas de competencia, poniendo en evidencia planteamientos semejantes en varios países. Esta coincidencia unida al hecho de que un gran número de empresas poseen una dimensión multinacional, ha llevado a considerar el establecimiento de una coordinación y cooperación entre autoridades nacionales de competencia. En particular en América Latina son cada vez más conscientes de la necesidad de institucionalizar las relaciones entre ellas.

El gran dinamismo de los procesos de integración económica en toda Latinoamérica, entre los que puede citarse el MERCOSUR, la Comunidad Andina, el Sistema de Integración Económica Centro Americano, justifica aún más la cooperación.

El modelo de acuerdo de cooperación que exponemos tiene en cuenta las necesidades de formación y asesoramiento propias de países en donde las normas de competencia son de reciente aplicación, e incluye además los precedentes de acuerdos y recomendaciones de cooperación existentes en la esfera internacional, por lo que éste modelo puede servir de referencia para futuros acuerdos.

La comunicación y coordinación de procedimientos, el intercambio de información, el trato aplicable a las restricciones de la competencia en el territorio de una de las partes que afecta desfavorablemente a la otra, y la consideración de los intereses de la otra parte para evitar conflictos, forman parte del contenido del modelo.

Este comprende también una cooperación de carácter técnico basada en la formación de funcionarios y asesoramiento mutuo en la evolución de sus ordenamientos jurídicos así como el desarrollo de medios complementarios de comunicación tales como la creación de una página informática, un archivo informático de jurisprudencia y la circulación de boletines.

**Modelo de Acuerdo de cooperación**

**I. Justificación del Acuerdo**

Las reglas de competencia juegan un papel prioritario en la liberalización/globalización del comercio, ya que dan seguridad jurídica a las empresas para sus actividades comerciales fuera de sus mercados tradicionales y facilitan el acceso a los nuevos, reduciendo el riesgo de proteccionismo derivado del uso de procedimientos de defensa comercial y de otras barreras técnicas.

La coordinación y cooperación en la aplicación de tales reglas resulta fundamental a fin de evitar que se vean anulados los beneficios a que debería dar lugar tal liberalización. Estos acuerdos de cooperación deberían darse, preferentemente, en forma paralela al proceso de apertura comercial entre las partes.

Los estados, por su parte, han acordado en foros tales como la OCDE, las Naciones Unidas, o a través de acuerdos bilaterales entre países como el de la Unión Europea y Estados Unidos, la puesta en marcha de una cooperación en materia de competencia que acepta unos principios básicos de aplicación. Esta cooperación puede complementarse

<sup>®</sup> Las opiniones expresadas son a título personal y no reflejan el punto de vista de la Comisión Europea.

<sup>1</sup> Carolina Vaira, abogada argentina, stagiare de la Dirección General de Competencia - Comisión Europea

<sup>2</sup> J.A. Rivière Martí, Consejero, DGIV-A - Dirección General de Competencia - Comisión Europea

con una acción de carácter técnico.

## **II. Marco del acuerdo de cooperación en materia de competencia**

El marco de un acuerdo de cooperación se delimita en principio por:

- 1) la identificación de las normas de competencia que se respetan y cuyas divergencias se tenderán a reducir, enunciando las legislaciones de competencia de las partes del Acuerdo.
- 2) las autoridades de competencia de las partes que las aplican
- 3) los procedimientos que tienen lugar sobre las restricciones a la competencia que puedan derivarse de:
  - acuerdos entre empresas, decisiones de asociación de empresas y prácticas concertadas entre empresas, y aquellos actos individuales que puedan poseer los mismos efectos restrictivos de la competencia.
  - abuso de posición dominante de una o más empresas,
  - fusiones de empresas,
  - ayudas estatales,
  - monopolios estatales de carácter comercial
  - concesión de derechos especiales o exclusivos a empresas.

## **III. Temas que se cubren en un Acuerdo de Cooperación**

Los temas que cubre la cooperación en la actualidad son:

### **1. Comunicaciones de apertura de procedimientos**

Las partes de un acuerdo de cooperación se comunicarán el inicio de un procedimiento cuando:

- a) sea de interés general para la otra parte con relación a sus propios procedimientos.
- b) pueda afectar directa o indirectamente los intereses de la otra parte.
- c) se refieran a restricciones de la competencia que puedan afectar el territorio de la otra parte.
- d) las concentraciones se realicen entre empresas cuyas actividades tengan lugar en el territorio de ambas partes.
- e) se pudieran adoptar decisiones que requieran o prohíban actuaciones en el territorio de la otra parte.

Fuera de los procedimientos antes mencionados, también serán motivo de comunicación entre las partes, si pudieran afectar sus intereses, la existencia de procedimientos judiciales o administrativos y las regulaciones del Estado en sectores de dominio público en particular las orientadas a su liberalización.

Se considera que las comunicaciones deberán efectuarse en la primera fase del procedimiento o inmediatamente cuando se tenga conocimiento de la situación y serán lo suficientemente detalladas para permitir a la otra parte evaluar la situación con relación a sus propios intereses.

### **2. Intercambio de Información**

Para contribuir a mejorar la comprensión de sus respectivas normas de competencia se desarrolla un intercambio de información referido a los siguientes puntos:

a) doctrina, jurisprudencia o estudios de mercado existentes que sean de conocimiento público, o en su defecto datos o resúmenes no confidenciales,

b) observaciones de orden técnico referidas a consultas relativas a la aplicación de las reglas de competencia a fin de colaborar a una mejor resolución del procedimiento, en donde no necesariamente existan intereses de la otra parte,

c) información relativa a las restricciones a la competencia, de las que se tenga conocimiento y una asistencia para la obtención de información en sus respectivos territorios, si las circunstancias así lo requieren,

d) sobre las innovaciones que se hayan realizado en sus respectivas legislaciones.

Las partes acuerdan la realización de reuniones para ampliar el intercambio de información cuando lo consideren oportuno

### **3. Coordinación de procedimientos**

La existencia de asuntos relacionados sobre los que ambas partes hayan iniciado un procedimiento dará lugar a que éstas consideren una coordinación teniendo en cuenta:

- los resultados efectivos que podrían derivarse de la coordinación,
- el incremento de la información ha obtener,
- la reducción de los costos para las personas o empresas involucradas,
- las mejoras en las medidas provisionales o definitivas que puedan aplicarse en contra de las restricciones de la competencia,

Sobre base de este análisis las partes podrán coordinar sus actividades, considerando especialmente los plazos de las mismas en un asunto concreto y al mismo tiempo respetando sus propias leyes e intereses importantes, sin que tal coordinación ponga un obstáculo a su autonomía de decisión.

#### Participación en audiencias orales y reuniones relacionadas con los procedimientos

Las partes podrán en principio, invitar a delegados de las autoridades de competencia de la otra parte a participar a las audiencias orales que tengan lugar con motivo de los procedimientos iniciados u otras reuniones relacionadas con tales procedimientos. Cabe destacar que tales participaciones solo podrán hacerse efectivas siempre que tengan el consentimiento de las personas implicadas y existan garantías suficientes de que no afecten la confidencialidad del uso de la información.

### **4. Trato aplicable a las restricciones de la competencia en el territorio de una de las partes que afecta desfavorablemente a la otra**

Puede ocurrir que existan restricciones a la competencia que se realizan en el territorio de una de las partes, pero que a su vez producen efectos desfavorables sobre los intereses de la otra.

Ante tal situación quien se considere afectado podrá comunicar de inmediato a la otra parte, detallando las restricciones y los efectos desfavorables que éstas producen en su territorio a fin de solicitar a la autoridad de competencia de la otra parte que, se inicie un procedimiento o se realicen consultas que permitan hallar una solución mutuamente aceptable

Por su parte quien es informado podrá iniciar o ampliar un procedimiento o consentir las consultas necesarias a fin de evaluar la situación y las posibles soluciones.

Cabe mencionar que en ningún caso las opciones mencionadas respecto de la parte afectada por la restricción podrá

entenderse como una renuncia a su derecho de iniciar en su territorio el procedimiento que corresponda o como un compromiso a la obtención de un resultado positivo para el procedimiento o las consultas solicitadas.

#### Acción Positiva

En una instancia superior de cooperación, se introduce lo que se denomina “acción positiva” o “positive comity”. Esto supone la posibilidad de que cuando una de las partes se vea afectada por restricciones a la competencia que tienen lugar en todo o parte del territorio de la otra, pueda solicitar que dicha parte inicie un procedimiento, siempre que tales restricciones estén prohibidas por las normas que se aplican en el territorio en donde tienen lugar. En algunas circunstancias este tipo de acción supone la posibilidad de que la parte afectada suspenda o difiera el inicio o la consecución de sus propios procedimientos en favor de la otra parte.

Aún cuando no necesariamente se deba incluir en un acuerdo de cooperación, la “acción positiva” o el “positive comity” puede ser considerada para una segunda etapa una vez que las partes hayan consolidado sus relaciones y exista una confianza mutua que permita avanzar en estos términos.

#### **5. Consideración de los intereses de la otra parte para evitar conflictos**

En un acuerdo de cooperación existe la voluntad implícita de las partes de procurar no afectar los intereses de la otra durante los procedimientos abiertos o en la aplicación de sanciones a las infracciones de las normas de competencia. No obstante puede suceder que se produzcan efectos desfavorables, en tal caso las partes procurarán llegar a una solución conjunta teniendo en consideración:

- a) la importancia de la acción y los efectos que produce sobre los intereses de una de las partes en comparación con los beneficios obtenido o a obtener por la otra.
- b) la presencia o ausencia de intencionalidad para afectar a consumidores, suministradores o competidores, en el obrar de las empresas o personas involucradas,
- c) el grado de conflicto o consistencia entre la legislación de una parte y las medidas a aplicar por la otra parte,
- d) cuando las mismas personas o empresas sean sometidas a requerimientos o exigencias conflictivas por ambas partes,
- e) el inicio del procedimiento o la aplicación de sanciones,
- f) la localización de los activos,
- h) la importancia de la sanción que correspondería aplicar en el territorio de la otra parte.
- i) la afectación que podría derivarse sobre la actuación de la otra parte, respecto de las mismas personas, incluyéndose las sanciones o compromisos que resulten,

#### **6. Tratamiento de la Información**

Se establece en el acuerdo de cooperación el respeto a las normas de confidencialidad vigentes en cada una de las partes. La información recibirá un trato responsable y reservado.

La información de carácter confidencial, cuya divulgación estuviera expresamente prohibida, o que de divulgarse podría producir efectos desfavorables para las partes, no podrá ser facilitada sin expreso consentimiento de la fuente interesada. Las partes se comprometen a que la información confidencial recibida no sea objeto de divulgación a terceros, pero consideraran la posibilidad de proporcionar resúmenes no confidenciales.

#### **IV. Cooperación técnica**

La cooperación en el ámbito internacional tiene por objeto contrarrestar las restricciones a la competencia. Este objetivo puede ser alcanzado a través de mejoras en el funcionamiento de los sistemas de aplicación de las normas de competencia, revistiendo particular interés aquellos de reciente introducción.

La cooperación propuesta sobre la base de los temas mencionados en el punto III puede resultar insuficiente, por ello debe ser complementada con una de carácter técnico que incluya:

##### **1. Formación y Asesoramiento**

a) Realización de Pasantías o stages de funcionarios: tendrá lugar en las autoridades de competencia de las partes y su principal objetivo es proporcionar un conocimiento práctico donde la experiencia de la otra parte resulta relevante. La realización de la pasantía debe estar justificada y se recomienda realizar un informe para evaluar su resultado y hacer participe a otros de los conocimientos adquiridos.

b) Cursos de formación: La capacitación de funcionarios a través de cursos de formación se basa principalmente en la experiencia y conocimientos existentes de ambas partes. Cada curso tendrá un programa en donde se indique el tema a tratar, su duración, los expositores y participantes. Parece prioritaria la participación de los funcionarios de ambas partes.

c) Seminarios. Otra forma de desarrollar los conocimientos consiste en realizar seminarios abiertos al público, organizados de forma alternada entre las partes y con la colaboración de otras instituciones. Puede ocurrir que las partes realicen en sus respectivos territorios reuniones de carácter abierto, por lo que en tales casos se cursaran invitaciones a participar como observador, constituyendo este tipo de iniciativas una forma de mejorar el conocimiento mutuo.

d) Asesoramiento: Las partes acuerdan realizar consultas sobre casos particulares para recibir asesoramiento con el fin de fomentar una comunicación informal y apoyar la evolución de sus ordenamientos jurídicos.

##### **2. Medios complementarios de comunicación**

Considerando que los avances en los sistemas de comunicación e informatización no pueden ser ajenos a las tareas que se pretenden desarrollar en un acuerdo de cooperación estos se utilizarán para fomentar la comunicación y agilizar el acceso a la información.

Pudiendo citarse como ejemplos:

a) Páginas informáticas: Realización de páginas informáticas de información asegurando un contacto continuo e inmediato sobre la evolución del acuerdo. Por otra parte se garantiza facilidad de acceso a documentos sobre temas de competencia. Importa desarrollar el uso de la lengua propia en los temas de competencia para permitir una mayor difusión y conocimiento.

b) Realización de boletines de información : Destinados a fomentar la difusión de los temas de competencia, sirviendo como ejemplos el Boletín Latinoamericano de Competencia el cual se distribuye por medio del correo electrónico e Internet, la Newsletter de la Dirección General de Competencia de la Comunidad Europea, el Boletín del Conselho Administrativo de Defesa Econômica de Brasil y las publicaciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia Argentina, los Informes Anuales del INDECOPI de Perú y de la Comisión Federal de Competencia de México.

c) Archivo Informático de Jurisprudencia: En la actualidad se realizan frecuentes consultas con otras autoridades de competencia por lo que puede ser de gran utilidad el desarrollo a través de la definición de palabras claves de un archivo informático de jurisprudencia de casos investigados, abierta a la adhesión de todas las autoridades interesadas.

A través de este archivo se podrán encontrar resúmenes que permitan identificar los casos que tuvieron lugar, el tipo de práctica o conducta analizada, su encuadre legal, así como los resultados y fechas de resolución de las mismas.

#### **V. Funcionarios de enlace o Comité de Gestión**

Como todo acuerdo en donde se propone el desarrollo de actividades conjuntas entre partes la designación de “funcionarios de enlace” es fundamental dado que los mismos serán los encargados de la puesta en práctica del acuerdo.

Los funcionarios de enlace establecerán una relación de todas las notificaciones, consultas o intercambio de información que tengan lugar y asistirán en el desarrollo de la cooperación de carácter técnico. Las partes pueden institucionalizar un “Comité de Gestión” en función de las actividades previstas por el acuerdo.

#### **VI. Disposiciones finales y disposiciones interpretativas**

Este tipo de acuerdo suelen tener una cláusula evolutiva de mejora sin límite de tiempo. También puede incluirse una equivalencia de conceptos legales pertenecientes a las legislaciones de las partes afín de facilitar la aplicación del Acuerdo.

#### **Conclusión**

Este artículo ha tratado de analizar y exponer los temas que normalmente son considerados en un acuerdo de cooperación en materia de competencia entre países, a los que se añade la cooperación de carácter técnico, sobre la base de que sirvan de punto de partida para una enriquecedora discusión entre quienes actúan en este campo. El auge de la aplicación de las normas de competencia en América Latina sin duda incita a que se considere seriamente la adopción de acuerdos de cooperación entre sus autoridades de competencia.

Estos acuerdos amplían la garantía de la aplicación de las normas de competencia en otros mercados, lo que supone un incentivo para la liberalización del comercio y propicia la seguridad jurídica para las empresas.

Los temas contenidos en el acuerdo tales como la comunicación y coordinación de procedimientos, la consideración de los intereses de la otra parte para evitar conflictos y el trato aplicable a las restricciones de la competencia en el territorio de una de las partes que afecta desfavorablemente a la otra, así como la posibilidad de una cooperación de carácter técnico constituyen una declaración de intención en donde los resultados posteriores que puedan alcanzarse a través de estas relaciones dependerán por una parte, del interés de fortalecer la relación y por otra del desarrollo y dinamismo de las relaciones económicas entre las partes. La ampliación de estos acuerdos hacia temas como la “acción positiva” o “positive comity”, forma parte de la evolución de los mismos.

## EL ASUNTO SAMSUNG: LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA COMISIÓN EN VIRTUD DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

Andrés Font Galarza,<sup>1</sup>

El reconocido éxito del control comunitario sobre las concentraciones entre empresas se basa en la voluntad del legislador comunitario de dotar a la Comisión Europea de un instrumento jurídico moderno que garantice un control preventivo y eficaz de determinadas operaciones de concentración que revisten un interés comunitario, es decir, que por la dimensión de los recursos económicos combinados en la operación puedan, potencialmente, afectar de manera permanente a la competencia en el mercado común. Así, deberán prohibirse las concentraciones que creen o refuercen una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. Por el contrario se deberán autorizar, con rapidez y con el menor coste posible para las empresas implicadas en los procesos de fusión o de adquisición de empresas, las concentraciones, que en el proceso de reestructuración inherente a la consecución de un mercado interior, fomenten una competencia dinámica, aumentando la competitividad de la industria europea. Este instrumento jurídico en manos exclusivas de la Comisión es el Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo de 21 de Diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, modificado en último lugar por el Reglamento n° 1310/97 (“el Reglamento”).

El legislador comunitario dotó igualmente a la Comisión de poderosos instrumentos sancionadores, básicamente los artículos 14 y 15 del Reglamento, que podrán ser utilizados por la Comisión, con un amplio margen de discreción, con el fin disuadir y castigar a las empresas que no cumplan con sus obligaciones bajo el Reglamento, fundamentalmente la obligación de notificar las concentraciones a la Comisión y de no llevarlas a cabo sin su autorización.

La Comisión ha tardado más de siete años, desde la entrada en vigor del Reglamento en Septiembre de 1990, en hacer uso de sus poderes sancionadores. Ello no es sorprendente dado, por un lado, el enfoque favorable a los fenómenos concentrativos subyacente en el Reglamento y en la práctica traducida en las decisiones de la Comisión en este ámbito, y por otro lado, la necesaria consolidación y madurez del sistema que sólo el tiempo le podía dar.

Cabe recordar que el Reglamento establece dos tipos de multa, notablemente diferenciadas por su montante y las infracciones que castigan. El apartado 1 del artículo 14 establece multas de entre 1.000 y 50.000 ecus para una serie de violaciones al Reglamento, de carácter en principio más bien formal, entre las que destaca la omisión de la notificación de una operación de concentración conforme a lo dispuesto en el artículo 4. El apartado 2 del artículo 14 establece multas de hasta un 10% del volumen de negocios total de las empresas afectadas en relación con una serie de infracciones, de carácter particularmente grave por su efecto potencial sobre la competencia comunitaria o por su carácter de desacato a la autoridad de la Comisión, entre las que hay que subrayar el no respeto de la obligación fijada por el apartado 1 del artículo 7, es decir, la obligación de no llevar a cabo una concentración sin el acuerdo previo de la Comisión.

Finalmente cabe citar otras potestades sancionadoras en manos de la Comisión. En primer lugar, las previstas en el artículo 15 del Reglamento que establece, en determinados casos en que las partes no acatan una decisión de la Comisión, multas coercitivas por importes máximos, según los casos, de hasta 25.000 ecus o 100.000 ecus por día de demora. En segundo lugar, la posibilidad prevista en el apartado 4 del artículo 8 del Reglamento según la cual la Comisión puede, si la concentración se hubiera ya realizado, ordenar la separación de las empresas o activos agrupados, el cese del control en común o la adopción de cualesquiera otras medidas que permitan restablecer una competencia efectiva. El apartado 4 del artículo 8 responde, en particular, a una necesidad en casos en los que una empresa se haya colocado en una situación de infracción respecto al apartado 1 del artículo 7 (obligación de respetar el efecto suspensivo) o se trate de una concentración analizada por la Comisión como consecuencia de una remisión por un Estado miembro de una concentración de dimensión nacional en virtud del artículo 22 del Reglamento. Este

<sup>1</sup> Administrador de la DGIV.B Task Force Concentraciones, Dirección General de la competencia de la Comisión Europea. Las opiniones expresadas no pueden vincular a la Comisión.



último caso se dará cuando en la fecha en la que la Comisión informe a las partes que se ha producido esa solicitud de remisión, la concentración se hubiera llevado ya a cabo al no existir efecto suspensivo en las normas nacionales que se le aplicaban en origen<sup>2</sup>.

La Comisión ha aplicado por primera vez, en el sentido de adoptar una decisión definitiva<sup>3</sup>, sus potestades sancionadoras y más específicamente el artículo 14 del Reglamento en el asunto IV/M.920-Samsung-AST. La Comisión decidió el 26.5.1997 autorizar la adquisición por la empresa coreana Samsung de AST, empresa norteamericana fabricante de ordenadores personales. Sin embargo, en la misma decisión la Comisión anunció la posibilidad de imponer multas en virtud del artículo 14 del Reglamento. En efecto, Samsung controlaba AST al menos desde Enero de 1996 y la concentración fue notificada a la Comisión en Abril de 1997, de esta manera Samsung acumulaba dos violaciones al Reglamento; en primer lugar había infringido la obligación de notificación a la Comisión en el plazo de una semana desde la adquisición de control (apartado 1 del artículo 4 del Reglamento) y en segundo lugar había llevado a cabo la concentración sin la autorización previa de la Comisión (apartado 1 del artículo 7 del Reglamento).

Las siguientes conclusiones pueden deducirse sobre la manera en la que la Comisión ha decidido en el asunto en cuestión<sup>4</sup>:

1. La Comisión reafirma su voluntad de aplicar el artículo 14 no sólo en casos de infracción intencional sino también en casos de infracción por negligencia<sup>5</sup>.

2. La Comisión confirma la posibilidad, debatida por la doctrina, de sanción doble y simultánea, en virtud de los artículos 14 (1) (a) y 14 (2) (b). Esta doble sanción se podrá dar en los casos de notificación fuera de plazo de una concentración por negligencia. Es cierto, que estos casos, normalmente, implicarán también automáticamente una infracción, y la correspondiente sanción, en relación a la obligación de no llevar a cabo la concentración sin la autorización previa de la Comisión.

3. La Comisión tiene en cuenta en el momento de fijar el importe de la multa, como circunstancias agravantes: la duración de la infracción, la falta de un elemento de complejidad jurídica especial que hiciera dudosa la obligación de notificar, la importancia de la empresa que tiene la obligación de notificar que no puede alegar desconocimiento de la normativa comunitaria.

4. La Comisión aprecia como circunstancias atenuantes: la falta de intencionalidad de las partes de infringir, la puesta en conocimiento voluntaria por las partes de la infracción a la Comisión, la cooperación con la Comisión en la investigación y la falta de daño ocasionado a la competencia como consecuencia de la infracción cometida.

La decisión Samsung a pesar de imponer una multa de carácter más bien simbólico (33.000 ecus en total) no deja de ser significativa ya que muestra la determinación de la Comisión de utilizar, cuando sea necesario, sus poderes sancionadores en el Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones con el fin de defender los principios que cimientan sus poderes; la notificación obligatoria por las empresas de las concentraciones de

<sup>2</sup> Véase los asuntos RTL/Verónica/Endemol ( IV/M.553), Kesko/Tuko, (IV/M.784), Blokker Toys "R" US (II) (IV/M.890).

<sup>3</sup> En otros asuntos se planteó la posibilidad de aplicar el artículo 14: Torras/Sarrió (IV/M.166) , Telefónica/Sogecable/Cablevisión ( IV/M.709) , Bertelsmann/Kirch (IV/M.993), Maersk/DFDS Travel (IV/M.988), MaerskData/Den Danske Bank-DM Data (IV/M.1105), Georg Fisher/Disa (IV/M.1009).

<sup>4</sup> Compárese con la política seguida por la Comisión en el ámbito de la lucha contra los carteles (Comunicación de la Comisión [1996] DO C 207/4). Es interesante señalar el carácter pragmático de esta comunicación que ofrece la posibilidad de amnistía o reducción de una multa a las empresas que colaboren con la Comisión. En el mismo sentido parecería proporcionado y útil, con el fin de evitar litigios y costes innecesarios y preservar al mismo tiempo los objetivos del Reglamento, que la Comisión adoptara como política, en el ámbito del artículo 14 del Reglamento de concentraciones, la negociación con las empresas afectadas sobre el importe de la multa a imponer en los casos en los que la infracción fuera clara y hubiera sido reconocida por las partes.

<sup>5</sup> El asunto Samsung constituye un caso de negligencia por error o ignorancia, se trata de una empresa coreana implicada en una operación de adquisición en los Estados Unidos ( aunque, "ignorantia iuris non excusat"). Cabría pensar, en otras circunstancias, en aplicar una negligencia "agravada" o "dolosa", cercana a la intencionalidad, por ejemplo si la infracción de la empresa no notificante, por el hecho de tener a su alcance todos los medios jurídicos y contar con experiencia previa en el trato con las autoridades de competencia comunitaria, fuera inconcebible como un simple error o ignorancia aunque sin entrar en la categoría de intencionalidad.

dimensión comunitaria en las que participen y el carácter preventivo del control comunitario garantizado por el efecto suspensivo que afecta a la puesta en funcionamiento de la operación. A partir de esta decisión, que castiga a una empresa no europea en un caso de pura negligencia y sin daño para la competencia, se ha creado un precedente importante que puede determinar en el futuro la incoación de procedimientos de infracción en virtud del artículo 14 contra empresas que incurran en violaciones del Reglamento similares o más graves a las cometidas por Samsung.

---

## Appunti sulla proposta di legge di riforma del sistema inglese di tutela della concorrenza

Redato da Luciano di Via\*

Funzionario presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

### Introduzione

La normativa inglese per la tutela della concorrenza è stata negli ultimi anni oggetto di critiche molto aspre provenienti dal mondo dell'industria e delle associazioni di consumatori tanto inglese quanto internazionale.

La principale ragione di tale insoddisfazione risiede da una parte nella intrinseca debolezza della legge che non chiarisce *a priori* l'oggetto della tutela, dall'altra nel peso eccessivo che la legge stessa attribuisce a valutazioni di tipo latamente politico, non necessariamente coincidenti con i principi del libero mercato e della concorrenza. Tutto ciò risulta quasi paradossale se si riflette sull'ampio programma di privatizzazioni delle imprese pubbliche inglesi lanciato dal Governo conservatore della signora Thatcher. A fronte dello sforzo governativo profuso nella liberalizzazione di settori caratterizzati da monopolio quali quelli delle telecomunicazioni, del gas, dell'elettricità e dell'acqua non si è registrato, infatti, eguale entusiasmo a favore della modifica della normativa generale per la tutela della concorrenza. Così è solo con il nuovo governo di Tony Blair, ad un ventennio di distanza dall'inizio dello spirare del vento liberista, che è stato messo in cantiere un progetto organico di riforma della legge generale di tutela della concorrenza.

La riforma, che dovrebbe essere definitivamente approvata dalle *Houses of Parliament* entro la fine dell'estate '98, tiene conto delle critiche formulate e muta la filosofia di fondo della legge *antitrust* inglese, sottraendo, in larga parte le decisioni in materia al controllo politico del Governo.

In particolare, le principali innovazioni consistono nell'armonizzazione della legge nazionale sulla concorrenza al diritto comunitario della concorrenza; nel venir meno di istituzioni con una lunga tradizione nel campo come la *Monopolies and Mergers Commission* e la *Restrictive Trade Practices Court*; nella creazione di una nuova istituzione indipendente, la *Competition Commission*, che assorbirà le loro funzioni, nel trasferimento di competenze all'*Office of Fair Trading*, che diverrà l'istituzione centrale, con gli stessi poteri di cui gode la Commissione Europea nelle questioni di rilievo concorrenziale (poteri istruttori, ispezioni, sanzioni); nell'abbandono del principio generale secondo il quale le decisioni che incidono sulle situazioni giuridiche soggettive delle persone possono essere adottate solo ed esclusivamente nell'ambito di procedimenti giudiziari.

Al fine di rendere più chiaro l'oggetto della riforma si procederà attraverso una comparazione tra il sistema attuale e quello di prossima approvazione, analizzando in primo luogo i profili sostanziali, quindi la struttura istituzionale, ivi compresi i rapporti con le agenzie di regolazione, e, da ultimo, come i giudici nazionali potranno applicare la nuova normativa.

### I. Il profilo sostanziale

#### I. 1. La legge in vigore

Come già accennato nell'introduzione, gli obiettivi dell'attuale legge sulla tutela della concorrenza nel Regno Unito differiscono da quelli delle disposizioni comunitarie, innanzitutto, per quanto riguarda l'impatto sul pubblico interesse per le autorità di Londra: la promozione della concorrenza nel Regno Unito è il principale parametro di riferimento, ma altri interessi (per esempio la bilancia dei pagamenti, l'occupazione, la proprietà straniera di importanti imprese) giocano un ruolo altrettanto rilevante. Per contro, l'obiettivo degli articoli 85 e 86 è la realizzazione di un mercato comune e il mantenimento di condizioni di effettiva concorrenza su di esso.

La legge principale del settore è il *Restrictive Trade Practices Act (RTPA)* del 1976. In forza di esso, le pratiche restrittive relative a beni e servizi devono essere rubricate in un pubblico registro. Così come il diritto comunitario,

---

\* Le opinioni contenute in questo scritto sono espresse a titolo personale.

la legislazione si applica con i medesimi effetti ad accordi informali o non vincolanti. Tuttavia, mentre la legislazione comunitaria è basata sugli effetti prodotti sul mercato, la *RTPA* adotta un approccio formalista. Conseguentemente, gli accordi anticoncorrenziali possono sfuggire al divieto previsto dalla legge in funzione della loro forma. La sanzione per la mancata registrazione è la nullità dell'accordo.

La normativa che dispone in materia di inchieste sulle pratiche anticoncorrenziali è il *Competition Act* del 1980. Mentre, il *Resale Prices Act* del 1976 vieta gli accordi di *resale price maintenance*, ossia di fissazione del prezzo di rivendita.

La legislazione che attribuisce alla *Monopolies and Mergers Commission* il potere di indagare sulle situazioni anticoncorrenziali è il *Fair Trading Act* del 1973. Il *Fair Trading Act* è la normativa rilevante anche per le concentrazioni. Il sistema previsto dalla legge è sostanzialmente favorevole alle concentrazioni. Esso attribuisce al Segretario di Stato il potere di trasmettere una concentrazione alla *MMC*, laddove l'*Office of Fair Trading* lo ritiene opportuno. Solo una piccola parte delle concentrazioni che rientrano nell'ambito di applicazione della legge sono state trasmesse per un ulteriore esame alla *MMC*, e una concentrazione può essere vietata solo se una maggioranza dei due terzi della *MMC* considera che essa potrebbe risultare contraria al pubblico interesse; tuttavia, in ogni stadio della procedura, il Segretario di Stato ha il potere discrezionale di proibire un'operazione di concentrazione, anche nell'ipotesi in cui vi sia parere difforme della *MMC*. Laddove il segretario di Stato decida di accettare l'indicazione della *MMC*, sarà il Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* che negozierà con le parti per giungere alla migliore soluzione possibile sotto il profilo del pubblico interesse. Non vi è nessun obbligo di notificare le concentrazioni a un'autorità pubblica, sebbene in pratica molte concentrazioni sono portate all'attenzione del Direttore Generale dell'*OFT* su base volontaria e il *Companies Act* del 1980 introduce un sistema volontario di notificazione.

## I. 2. La riforma

Il *Draft Bill* al momento in discussione alle *Houses of Parliament* è profondamente ispirato dal diritto comunitario della concorrenza.

L'armonizzazione con il diritto comunitario (artt.85 e 86 T.U.E.) è rafforzata dalla circostanza che il diritto nazionale della concorrenza sarà interpretato in modo da eliminare conflitti attuali e potenziali con le regole comunitarie di concorrenza.

Questo effetto è raggiunto nel *Draft* :

- con la formulazione dei divieti che sono sostanzialmente analoghi agli artt.85 e 86 del Trattato ;

- facendo sì che le decisioni del Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading*, della *Competition Commission* e delle Corti non siano in contrasto con il diritto comunitario. Ciò è assicurato attraverso il disposto della Clausola 52.1 che dispone che, quando ad una fattispecie sono applicati i divieti previsti dal *Bill*, occorre assicurare che la decisione risultante non sia in contrasto con i principi previsti in materia dal diritto comunitario e dalla sua prassi applicativa.

La nuova legislazione introdurrà un sistema di tutela della concorrenza fondato sul divieto. Ciò costituirà un forte deterrente contro cartelli ed altri accordi anticoncorrenziali, nonché contro l'abuso di posizione dominante. Infatti, i concorrenti ed i consumatori danneggiati da condotte anticompetitive in violazione dei divieti saranno legittimati a chiedere i danni.

Il sistema inglese sta abbandonando l'approccio formale basato sulla registrazione per muovere verso un sistema basato sulla valutazione degli effetti sul mercato. Questo sarà possibile attraverso l'introduzione di due divieti ispirati dagli articoli 85 e 86 del Trattato. In particolare, le principali innovazioni riguardano :

- l'introduzione del divieto di abuso di posizione dominante basato sul disposto dell'art.86 ;

- per quanto riguarda gli accordi, il nuovo divieto sarà basato sul disposto dell'art.85 del Trattato U.E., con la conseguenza che un *test* basato sugli effetti sul mercato prevarrà su un *test* condotto sulla base del pubblico interesse;
- l'introduzione di forti poteri di investigazione.

*(i) il divieto di abuso di posizione dominante*

il divieto di abuso di posizione dominante è una novità assoluta per il diritto della concorrenza britannico.

In proposito, i punti chiave della riforma comportano che:

- le condotte che violano il divieto saranno dichiarate illecite e soggette a sanzione;
- il Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* investigherà sulle sospette violazioni del divieto, o dopo aver ricevuto una denuncia o di sua propria iniziativa e avrà il potere di ottenere tutte le informazioni utili per l'inchiesta e di sospendere la condotta ritenuta anticoncorrenziale nel corso dell'attività investigativa ;
- la valutazione circa la dannosità della violazione verrà condotta sulla base di valutazioni concorrenziali;
- le parti terze danneggiate dalla condotta dell'impresa dominante potranno presentare azione in giudizio perché la condotta anticoncorrenziale sia interrotta e chiedere i danni in giudizio;
- la decisione del Direttore Generale dell'*OFT* sull'esistenza della violazione e sull'ammontare delle eventuali sanzioni da irrogare sarà espressa in forma pubblica sulla base di una decisione motivata e sarà appellabile di fronte a un'autorità indipendente (la *Competition Commission*) ;
- non vi sarà più un ruolo effettivo per il Segretario di Stato.

*(ii) un'analisi fondata sugli effetti sulla concorrenza prevarrà su ogni valutazione di pubblico interesse*

Il nuovo sistema di divieto risulta in contrasto con l'approccio formalista del *Restrictive Trade Practices Act* del 1976 che è limitato a coprire gli accordi che sono registrabili perché soddisfano alcuni criteri di forma previsti nella legislazione. Introducendo un regime di proibizione che è basato sugli effetti dell'accordo, il governo britannico riconosce che sebbene alcuni accordi possano restringere la concorrenza e in questo senso giudicati anticompetitivi, essi possono avere benefici economici più ampi tali da controbilanciare gli effetti anticompetitivi. Il divieto è associato al potere di concedere esenzioni al divieto secondo il modello già sperimentato con successo nel Trattato U.E..

Il cambio rispetto al sistema attuale è radicale in quanto in forza del *Restrictive Practices Act* esistono otto parametri (sicurezza ; benefici al pubblico specifici e sostanziali ; difesa contro azioni anticompetitive messe in atto dai concorrenti ; possibilità di ottenere condizioni giuste nella stesura dell'accordo ; prevenzione della disoccupazione ; promozione delle esportazioni ; stretta complementarietà con altri accordi ; mancanza di impatto distortivo o restrittivo, effettivo o probabile della concorrenza) di valutazione per la registrazione dell'accordo e tra di essi soltanto due sono legati alla protezione e promozione della concorrenza.

*(iii) nuovi poteri di investigazione*

Con la riforma, il Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* avrà adeguati poteri di investigazione connessi ai divieti. Il *Bill* prevede le seguenti disposizioni:

- il Direttore generale dell'*Office of Fair Trading* può svolgere ispezioni all'interno delle sedi delle imprese ed ottenere copie dei documenti;
- il Direttore generale dell'*Office of Fair Trading* può usare la forza per entrare all'interno della sede delle imprese

se necessario, su ordine di un magistrato;

- nell'ipotesi in cui si faccia opposizione all'ordine del Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* di entrare all'interno dei locali delle imprese o si forniscano deliberatamente notizie false o inesatte, si commette una violazione di rilevanza penale.

Potranno essere imposte delle sanzioni per la violazione dei divieti:

- nei confronti di imprese che sono parte dell'accordo che viola i divieti e non sono protette da speciali disposizioni in materia di piccole e medie imprese;

- fino a un massimo del 10% del fatturato totale prodotto nel Regno Unito delle imprese coinvolte.

(iv) *il regime delle concentrazioni*

La riforma non cambierà le disposizioni del *Fair Trading Act* del 1973 in materia di concentrazioni. Il *Fair Trading Act* già prevede un efficace sistema di controllo sulle concentrazioni, con decisioni relativamente rapide nella gran maggioranza dei casi che non danno luogo a particolari problemi alla concorrenza.

Al fine di accertare se una concentrazione possa essere considerata in contrasto con il pubblico interesse, la *Monopolies and Mergers Commission* deve tener conto di tutte le circostanze rilevanti. Il Governo britannico ritiene che tale approccio al controllo sulle concentrazioni sia ampiamente compatibile con il regime proposto nel *Draft Bill* per gli accordi anticoncorrenziali e gli abusi di posizione dominante che è basato su una valutazione degli assetti concorrenziali. Allo stesso tempo, è possibile far ricorso alla necessaria flessibilità per introdurre valutazioni di pubblico interesse.

Con riguardo alle concentrazioni, dunque, la sola differenza con il regime attuale sarà che le esistenti funzioni investigative della *MMC*, sostanzialmente immutate, diverranno parte di quelle della nuova *Competition Commission*.

(v) *l'applicazione diretta degli artt.85 e 86 T.U.E.*

Così come accadeva con la normativa fino a questo momento in vigore, anche con la riforma, le autorità britanniche non avranno il potere di applicare direttamente gli articoli 85.1 e 86 del Trattato.

Il Governo britannico, che è stato sollecitato più volte sul punto dalla Commissione, ritiene che i divieti introdotti dalla legge nazionale siano sufficienti. In tal modo, tuttavia, il sistema di tutela della concorrenza continuerà a differire da quello prevalente negli altri Paesi dell'Unione.

## II. La struttura istituzionale

### II. 1. Il sistema attuale

Una delle maggiori caratteristiche dell'attuale sistema inglese è l'elevato numero di istituzioni coinvolte nell'applicazione della normativa. Le istituzioni principali sono l'*Office of Fair Trading (OFT)*, la *Monopolies and Mergers Commission (MMC)*, la *Restrictive Practices Court (RPC)* e il Segretario di Stato per il Commercio e l'Industria.

Nell'*Office of Fair Trading* vi sono 120 funzionari di grado A che si occupano di casi di concorrenza tanto a livello nazionale che comunitario, nel *DTI* vi sono 43 funzionari di grado A che si occupano di questioni di concorrenza e la *MMC* al momento impiega 75 funzionari di *staff* con un *panel* di 40 soggetti all'interno del quale scegliere per le udienze individuali.

Il Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading (DGFT)* svolge diverse funzioni nel campo del diritto della concorrenza e ha un differente ruolo in forza di ciascuna delle normative rilevanti. In forza del *RTPA* del 1976 (intese restrittive) egli ha il compito di gestire il pubblico registro delle pratiche restrittive e propone le azioni di

fronte alla *Restrictive Practices Court*. Egli è, inoltre, incaricato di applicare le disposizioni del *RPA* del 1976 (*resale price maintenance*). In forza del *Fair Trading Act* del 1973, egli può svolgere inchieste in situazioni di monopolio e trasmettere queste per un esame più approfondito alla *MMC*; in relazione alle concentrazioni in forza di quanto previsto dal *Fair Trading Act* del 1973, egli suggerisce al Segretario di Stato se una concentrazione che rientra nel campo di applicazione della legge debba essere trasmessa alla *MMC*. Infine, in forza del *Competition Act* del 1980, egli può svolgere attività investigativa al fine di provare l'esistenza di pratiche anticoncorrenziali (con il potere conseguente di trasmettere tali questioni alla *MMC* per un ulteriore esame).

La *MMC* gioca un ruolo centrale nell'applicazione del diritto britannico della concorrenza, conducendo dettagliate indagini tanto in relazione alle situazioni di monopolio che a concentrazioni e pratiche anticompetitive. Essa, tuttavia, non gioca alcun ruolo in relazione a pratiche restrittive e *resale price maintenance*.

Le competenze della *Restrictive Practice Court* discendono dal *Restrictive Trade Practices Act* del 1976. Il Direttore dell'*Office of Fair Trading*, infatti, ha l'obbligo di trasmettere alla *Restrictive Practice Court* gli accordi per determinare se le restrizioni contenute in tali pattuizioni devono essere considerate in contrasto con il pubblico interesse. Se viene escluso tale contrasto si procede alla registrazione.

Infine, un ruolo determinante è giocato dal Segretario di Stato per l'industria ed il commercio, che assicura rilievo anche alla valenza politica delle decisioni. Ciò è forse più evidente nel campo delle concentrazioni. È il Segretario di Stato, infatti, dopo averne ricevuto notizia dal Direttore dell'*Office of Fair Trading*, che decide se una determinata concentrazione debba essere trasmessa per un ulteriore esame alla *MMC* ed è al Segretario di Stato che la *MMC* da ultimo riferisce.

In aggiunta alle istituzioni che si occupano direttamente della tutela della concorrenza, il dilagare di leggi di privatizzazione nella seconda metà degli anni '80 e nella prima metà degli anni '90 ha condotto alla creazione di un elevato numero di nuove istituzioni con funzione di regolazione, segnatamente *OFTEL* (*Telecommunications Act*, 1984), *OFGAS* (*Gas Act* 1986), *OFWAT* (*Water Act*, 1989), *OFFER* (*Electricity Act* 1989), *OPRAF* e *ORR* (*Railways Act*, 1993).

I regolatori sono stati investiti della responsabilità di proteggere il consumatore, promuovendo la concorrenza ove possibile e controllando i prezzi. Essi vigilano sull'attività esercitata in regime di concessione e nel caso di dispute con i regolati possono trasmettere il testo della concessione alla *MMC* per una sua valutazione. La creazione di un tale sistema di regolazione ha condotto ad una complessa rete di leggi e pratiche amministrative.

## II. 2. La struttura istituzionale dopo la riforma

Con la riforma, l'*Office of Fair Trading* (sotto la guida del suo Direttore Generale) sarà il principale organismo per l'applicazione di entrambi i divieti. Tuttavia, le decisioni del Direttore Generale dell'*OFT* possono essere appellate di fronte alla *Competition Commission* che sostituirà sia la *Restrictive Practices Court* che la *Monopolies and Merger Commission*.

La *Competition Commission* avrà due distinte e separate funzioni: di tribunale avanti al quale si svolgeranno le udienze di appello contro le decisioni del Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* in applicazione dei nuovi divieti previsti dalla legge e di responsabile per le indagini di natura generale. Ciò significa che, come sopra accennato, le previsioni attuali in materia di controllo sulle concentrazioni e monopoli complessi saranno mantenute.

La *Competition Commission* opererà indipendentemente dall'esecutivo nella sua attività quotidiana. Essa può essere qualificata come un *Non Departmental Public Body* del *DTI*, analogamente a quanto si può dire per la *MMC*, o un *non-Ministerial Government Department* come nel caso dell'*OFT* o delle altre agenzie di regolazione.

Le parti terze con un interesse sufficiente avranno il diritto di proporre appello contro le decisioni del Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading* allo stesso modo di come possono agire i soggetti parte del procedimento. La definizione di parte terza è molto ampia: i consumatori con un sufficiente interesse avranno diritto a presentare appello, ivi comprese le organizzazioni rappresentanti gli stessi consumatori. Se il Direttore Generale dell'*Office of*

*Fair Trading* non permette ad una parte terza di proporre appello contro le sue decisioni, la *Competition Commission* puo' decidere se la parte terza ha un sufficiente interesse a proporre appello.

Il *Bill* riforma la legge di protezione della concorrenza, che si applica al settore dei servizi pubblici, cosi' come agli altri settori dell'economia. Entrambi i divieti previsti dalla riforma si dovrebbero applicare alle industrie regolate e le proibizioni saranno applicate da specifici regolatori per telecomunicazioni, gas, elettricità acqua e ferrovie.

I regolatori hanno tutti i poteri del Direttore dell'*Office of Fair Trading* in relazione ai settori di intervento, ad eccezione del potere di adottare regole procedurali e a quello di assicurare il coordinamento e la coerenza. Il regolatore di settore dovrà adottare delle *guidelines* sulla applicazione dei divieti nei loro settori, dietro accordo con l'*Office of Fair Trading*. Le eventuali controversie sulla competenza saranno risolte attraverso accordi volti ad assicurare il coordinamento tra le autorità di tutela della concorrenza e i regolatori.

In questo momento, nei settori del gas, elettricità e ferrovie esistono già specifici accordi che per un periodo transitorio di 5 anni continueranno ad essere in vigore.

### III. Il ruolo del giudice nazionale nell'applicazione delle regole di concorrenza

#### III.1 Applicazione del diritto nazionale

##### (i) *legislazione nazionale*

Come rilevato, la politica di concorrenza attuale del Regno Unito si concentra principalmente su un *enforcement* di tipo pubblicistico piuttosto che privatistico.

La legge principale che si occupa di pratiche anticoncorrenziali, il *Restrictive and Trade Practices Act* del 1976, concede ai privati soltanto un diritto di azione nel caso in cui le parti di un accordo soggetto a registrazione non sono in grado di fornire informazioni dettagliate all'*Office of Fair Trading*. In altri termini, il diritto di proporre azione in giudizio dipende da un approccio formalistico alla registrazione, piuttosto che dalla sostanza dell'accordo stesso. Sebbene il *Resale Prices Act* del 1976 conceda un'azione per violazione della legge che può essere proposta in relazione alle pratiche collettive proibite o al mantenimento di prezzi di rivendita individuali, tali azioni sono stare relativamente rare, analogamente a quanto accaduto per le azioni di risarcimento dei danni. Così come nel caso del *RTPA* del 1976, la competenza ad applicare la legge è demandata al Direttore Generale dell'*Office of Fair Trading*. Infine, il *Fair Trading Act* del 1973 e il *Competition Act* del 1980 disciplinano soltanto parzialmente una loro applicazione di tipo privatistico.

Occorre osservare, inoltre, che la scarsità di azioni proposte in giudizio dipende anche da una scarsa attitudine da parte dei litiganti attuali e potenziali. Si ritiene, in sostanza, che l'applicazione di tali leggi sia una questione riguardante il diritto pubblico e non quello privato. Ne risulta che mentre un gran numero di denunce sono presentate al *DGFT* ogni anno, il numero delle azioni di diritto privato è estremamente esiguo.

##### (ii) *situazione dopo la riforma*

La nuova normativa, così come fa il diritto comunitario della concorrenza, creerà diritti che devono essere applicati dalle corti nazionali.

Infatti, la nuova legislazione che è ispirata a un approccio basato sugli effetti creati dalle pratiche concorrenziali sul mercato crea diritti tanto per i concorrenti che per i consumatori. Di conseguenza, per quanto riguarda gli accordi che risultano in contrasto con il divieto, puo' sorgere un'azione per i danni o l'esecuzione coattiva del contratto o per la dichiarazione di nullità del contratto. Per quanto riguarda l'abuso di posizione dominante, chi agisce legittimamente, evidentemente, ha diritto a chiedere in giudizio i danni.

#### III. 2. Applicazione del diritto comunitario

Il principio secondo il quale gli artt.85 e 86 del Trattato hanno effetti diretti e creano diritti che devono essere eseguiti dalle corti nazionali è pienamente riconosciuto dalle corti inglesi.



Il caso più frequente di applicazione degli artt.85 e 86 nelle corti inglesi è costituito dalle eccezioni difensive piuttosto che da azioni giudiziarie presentate autonomamente.

Vi sono numerosi fattori che rendono non particolarmente frequente il ricorso all'applicazione degli artt.85 e 86 del Trattato U.E. di fronte alle Corti inglesi:

- a) le corti non hanno il potere di concedere esenzioni ;
- b) costi elevati e complessità dei procedimenti di fronte alle Corti inglesi ;
- c) il ruolo delle giurisdizioni inglesi volto a risolvere le dispute piuttosto che ad applicare la normativa per la tutela della concorrenza.

#### **IV. Conclusioni**

Dalle considerazioni che precedono emerge chiaramente l'importanza della mutazione che si profila nella normativa per la tutela della concorrenza in Gran Bretagna. Si muove, infatti, da un sistema estremamente formalista in cui qualsiasi valutazione in ordine agli effetti prodotti sul mercato dalla pratica anticoncorrenziale stessa era considerata irrilevante, ad una situazione in cui l'analisi dell'impatto acquista una posizione preminente.

Valutazioni di ordine politico, che venivano condotte attraverso l'intervento del Segretario di Stato, nonché mediante la ponderazione tra diversi interessi di varia origine nel giudizio su ciascuna fattispecie di rilevanza concorrenziale, vengono relegate nell'esclusivo territorio del controllo delle operazioni di concentrazione.

Tutto ciò è stato reso possibile, in primo luogo importando nel Regno Unito il modello della normativa comunitaria che tanti successi ha colto nei quaranta anni di sua applicazione, prevedendo che tali disposizioni siano applicate da un'istituzione indipendente del tipo del *Bundeskartellamt* tedesco o dell'*Autorità garante della concorrenza e del mercato* italiana. In sostanza, tale modifica vede la sostituzione in capo a imprese e consumatori di posizioni di interesse legittimo - quali quelle risultanti dalla ponderazione tra interessi confliggenti ai fini della registrazione delle pratiche restrittive - con diritti soggettivi, creando le condizioni perché le imprese possano avere regole certe la cui applicazione è così sottratta all'influenza di autorità politiche e potentati economici.

---

**Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas que anula la Decisión de la Comisión que autorizaba la inyección de capital del Estado francés en la compañía Air France**

por Begoña URIARTE VALIENTE  
Cuatrecasas Abogados  
Cuatrecasas.bru@skynet.be

El pasado 25 de junio, el Tribunal de Primera Instancia dictó una sentencia en los asuntos acumulados T-371/94, British Airways plc y otros c Comisión, y T-394/94, British Midland Airways Ltd c Comisión. La sentencia anula una Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994<sup>1</sup>, por la que ésta autorizó una recapitalización de la compañía aérea francesa Air France por un valor de 20.000 millones de francos franceses, en el marco de su reestructuración.

***Decisión de la Comisión de 27 de julio de 1994***

En marzo de 1994, las autoridades francesas notificaron a la Comisión su intención de inyectar 20.000 millones de francos franceses al capital de la compañía nacional Air France, así como un plan de reestructuración de la compañía. En un primer análisis, la Comisión estimó que ese aumento de capital constituía una ayuda de Estado que falseaba el juego de la competencia dentro del mercado común y del Espacio Económico Europeo y que, en principio, era incompatible con el mercado común.

Sin embargo, en virtud de la letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE, la Comisión puede autorizar las ayudas de Estado destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades económicas siempre que la ayuda no altere las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común. Normalmente, las excepciones concedidas por la Comisión deben tender a restablecer la competitividad a largo plazo de una actividad económica que no está afectada por una crisis estructural de exceso de capacidad, y la ayuda debe favorecer los cambios estructurales y no preservar situaciones de *statu quo*, cuya consecuencia sea retrasar cambios inevitables. En este sentido, la Comisión dispone de amplias facultades de apreciación discrecional que implican evaluaciones complejas de orden económico y social.

En su examen, la Comisión consideró que una verdadera reestructuración de Air France sería conforme al interés común, contribuyendo al desarrollo del transporte aéreo europeo y mejorando su competitividad. Asimismo, la Comisión estimó que el importe de la ayuda no parecía excesivo para llevar a buen término el plan de reestructuración y que la ayuda no afectaba a las condiciones de los intercambios de forma contraria al interés común, teniendo en cuenta los dieciséis compromisos asumidos por el Gobierno francés. Así, la Comisión llegó a la conclusión de que la ayuda pagadera en tres tramos y destinada a asegurar la reestructuración de Air France era compatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre y cuando las autoridades francesas respetasen los compromisos asumidos.

***Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio 1998***

El Tribunal de Primera Instancia ha anulado la Decisión de la Comisión por falta de motivación suficiente en dos puntos esenciales de la misma, uno de ellos relativo a la compra de diecisiete nuevos aviones por una cantidad de 11.500 millones de francos franceses y el otro, a la creación de una nueva situación competitiva de Air France en las líneas aéreas de larga distancia, especialmente transatlánticas, y a su repercusión sobre el tráfico aéreo de enlace con los vuelos que salen del aeropuerto de París-Charles de Gaulle. El resto de las numerosas alegaciones de fondo ha sido desestimado.

***(i) La financiación de la compra por Air France de diecisiete nuevos aviones***

Por lo que respecta a la compra por Air France de diecisiete nuevos aviones, los demandantes defendían que aprobar una ayuda para ese fin era contrario al principio de proporcionalidad, ya que dicha ayuda podía reducirse anulando o aplazando el pedido de esos aviones. Además, el coste de la modernización de la flota que, en definitiva, contribuía a

---

<sup>1</sup> DOCE L 258 de 6.10.1994, pág. 26.

mantener la competitividad de la compañía, forma parte de los gastos de explotación normales de una compañía aérea y por lo tanto, constituye una ayuda al funcionamiento no conforme al Tratado. Las demandantes alegaban asimismo, que la Comisión no había motivado de forma suficiente este punto.

En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que la motivación debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución comunitaria de modo que permita al Juez ejercer su control. En concreto, en materia de ayudas de Estado, el deber de motivación implica que las empresas competidoras puedan conocer las razones de la Decisión con el fin de poder defender sus derechos.

Asimismo, el Tribunal señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de la Comisión siempre se han mostrado contrarios a la concesión de ayudas al funcionamiento, destinadas a financiar la modernización de las instalaciones de una empresa. En este sentido, el Tribunal ha estimado que, del texto de la Decisión no se desprende que la Comisión examinara, y de ser así, por qué razones aceptó, el hecho de que la modernización de la flota de Air France pudiera financiarse parcialmente a través de la ayuda en cuestión.

*(ii) La competitividad en las redes aéreas extra-Espacio Económico Europeo*

Por otra parte, los demandantes mantenían que la ayuda serviría para reducir artificialmente los costes de Air France y, por consiguiente, transferiría la carga de la reducción de esos costes a las otras compañías no subvencionadas, especialmente en lo que respecta a las líneas aéreas extra- Espacio Económico Europeo.

Por su parte, el Tribunal de Primera Instancia ha estimado que debe comprobarse si la Decisión impugnada está suficientemente motivada en relación con la apreciación de los efectos de la ayuda sobre las compañías competidoras de Air France y sobre las rutas aéreas pertinentes, recordando que la Comisión consideró que las condiciones que acompañan a la Decisión limitaban la libertad de Air France y le impedían llevar a cabo una política agresiva en materia de tarifas en todas las líneas que explota en el Espacio Económico Europeo.

Sin embargo, de la Decisión no resulta ninguna indicación relativa al examen de esa competitividad fuera del Espacio Económico Europeo, de lo que se deduce que la Comisión no comprobó el impacto de la ayuda sobre el espacio aéreo fuera del Espacio Económico Europeo. Además, las repercusiones sobre el tráfico aéreo de enlace que llevan a la plataforma de partida de las líneas de larga distancia debían haber sido examinadas por la Comisión, dado que algunas compañías aéreas pequeñas que operan en el tráfico aéreo de enlace podían sufrir las consecuencias.

Esta falta de motivación en cuanto a las consecuencias de la ayuda a escala mundial y la misma inexistencia de explicaciones en cuanto a las posibles repercusiones sobre el tráfico aéreo de enlace han llevado al Tribunal de Primera Instancia a anular la Decisión también sobre este punto.

**Conclusión**

A pesar de que la Decisión de la Comisión ha sido anulada, conviene señalar que la totalidad de las numerosas alegaciones de fondo - errores de derecho y de apreciación - formuladas por los demandantes ha sido desestimada por el Tribunal de Primera Instancia, en una sentencia de más de cien páginas.

Tras la anulación de la Decisión, la Comisión deberá examinar de nuevo el expediente de Air France para adoptar las medidas necesarias para la ejecución de esta sentencia. Por el momento, la Comisión se ha limitado a señalar que está analizando la sentencia del Tribunal para poder tomar las medidas pertinentes, y con respecto al alcance de la sentencia, ha manifestado que no tendrá efecto alguno sobre el resto de las ayudas de Estado en el sector del transporte aéreo ni, en general, sobre su política en materia de ayudas de Estado.

---

**DE LA DESMONOPOLIZACIÓN A LA COMPETENCIA EFECTIVA**  
**Aplicación de la normativa antitrust comunitaria y española en el sector**  
**de las telecomunicaciones**

Juan J. MONTERO PASCUAL y Luis SOUTO SOUBRIER\*

*I. El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. II. Abusos de posición dominante. III. Conductas colusorias y alianzas estratégicas. IV. Intervenciones públicas anticompetitivas. V. Límites del derecho de la competencia.*

**I. El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones.**

1. La profunda transformación de los mercados de telecomunicaciones en la última década, tanto en la Unión Europea, y por tanto en España, como en los EE.UU., ha sido fruto, en una medida importante, de la aplicación de las normas de la competencia<sup>1</sup>. El derecho de la competencia no sólo ha sido un instrumento decisivo en el proceso de desmonopolización del sector, sino que todavía está por desempeñar su función más importante: favorecer el desarrollo de competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones. Debe observarse, sin embargo, que el derecho de la competencia tiene como fin la defensa de la competencia, y no su fomento a partir de una situación de monopolio, por lo que otras medidas complementarias pueden ser necesarias para alcanzar dicho objetivo.

2. El factor desencadenante del reciente proceso de liberalización ha sido la evolución tecnológica, aunque otros factores, como el fortalecimiento de posiciones conservadoras en lo político y lo económico, o el proceso de unificación de mercados en la Unión Europea, han favorecido, sin duda, la transformación. La digitalización y el desarrollo de nuevos y potentes canales de transmisión (satélites y cable), han aumentado la capacidad de las redes de telecomunicación, a la vez que han permitido la convergencia con otros sectores como el informático y el audiovisual. Esta evolución ha supuesto el nacimiento de multitud de nuevos servicios avanzados.

Los monopolios nacionales han sido incapaces de adaptarse a este nuevo marco. Por una parte, las nuevas tecnologías exigen grandes mercados donde amortizar los crecientes gastos de I+D, por lo que los mercados nacionales son insuficientes. Por otra parte, de un servicio único y estándar como el teléfono, se ha pasado a una multitud de servicios y medios de transmisión, que responden a necesidades muy particulares. En este entorno, se ha considerado que el monopolio no está capacitado para realizar las opciones tecnológicas, de servicios y medios de transmisión, sin retrasar la introducción de nuevas tecnologías. Por el contrario, las personas y empresas demandantes de estas nuevas prestaciones, se encuentran en mejor posición para, de acuerdo con los mecanismos del mercado, decidir qué tecnologías se adaptan a sus necesidades.

3. El derecho comunitario de la competencia, inaplicado al sector durante décadas<sup>2</sup>, ha constituido una herramienta

---

\* Investigadores en el Instituto Universitario Europeo (Florencia).

<sup>1</sup> Un buen estudio introductorio del derecho comunitario de la competencia se realiza en BELLAMY & CHILD (1992): "*Derecho de la competencia en el mercado común*", (edición en español a cargo de Picañol, E.), Civitas, Madrid. Entre los artículos dedicados a la aplicación de estas normas en el sector de las telecomunicaciones destacan: ARAUJO BOYD, Marcos (1997): "El Derecho de la competencia y las telecomunicaciones", en *Derecho de las telecomunicaciones*, editado por J. Cremades, La Ley, Madrid, pp. 777-794; CABALLERO SANZ, Francisco y PEÑA, Miguel Ángel (1995): "La política de competencia y el sector de las telecomunicaciones en la UE", en *ICE*, núm. 747, pp. 87-104; CAMINO, David y TRECUCI, Juan Ramón (1995): "Cooperación y competencia en las telecomunicaciones: las alianzas estratégicas internacionales", en *ICE*, núm. 747, pp. 105-119; LOWE, Philip (1994): "*Telecommunication Services and Competition Law in Europe*", conferencia pronunciada en el 5º Seminario Anual de Servicios de Telecomunicaciones y Derecho de la Competencia en Europa, texto en <http://www.europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/four/htm/sp94014.htm>; MUÑOZ MACHADO, Santiago (1997): "*Servicio público y mercado*", Civitas, Madrid; TEMPLE LANG, John (1997 I): "*Media, Multimedia and European Community Antitrust Law*", conferencia pronunciada en la Vigesimocuarta Conferencia Anual del Fordham Corporate Law Institute; TORRES SIMÓ, Pedro (1995): "Cambio en la política de telecomunicaciones. Aspectos jurídicos y económicos", en *ICE*, núm. 740, pp. 63-76; TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (1993): "*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*", TDC, Madrid; UNGERER, Herbert (1995): "*EU Competition Law in the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors*", conferencia pronunciada en la Vigesimosegunda Conferencia Anual del Fordham Corporate Law Institute.

<sup>2</sup> El derecho de la competencia no fue aplicado en Europa al sector de las telecomunicaciones hasta el caso *British Telecom* a principios de los

fundamental en el proceso de desmonopolización del mismo. Por una parte, la Comisión, gradualmente, ha declarado incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado de Roma (TCE), en relación, entre otros, con el artículo 86<sup>3</sup>, los derechos exclusivos y especiales en el sector, en tanto que inducen a los concesionarios a abusar de su posición dominante<sup>4</sup>. La desmonopolización comenzó con la declaración de incompatibilidad con el TCE de los derechos exclusivos sobre equipos terminales en 1988<sup>5</sup>, y servicios de telecomunicación de valor añadido en 1990<sup>6</sup>, hasta alcanzar la desmonopolización de la totalidad de equipos, servicios e infraestructuras de telecomunicación, el primero de enero de 1998<sup>7</sup>. Por otra parte, la declaración de incompatibilidad con el Tratado se ha realizado a través de un cauce procedimental encuadrado en el capítulo de normas sobre la competencia: las Directivas aprobadas exclusivamente por la Comisión, previstas en el artículo 90.3 TCE<sup>8</sup>.

Las Directivas liberalizadoras de la Comisión han sido traspuestas por los Estados miembros. En el caso español, la liberalización comenzó tempranamente, con la aprobación de la Ley 31/1987, de Ordenación de las Telecomunicaciones<sup>9</sup>, pero finalmente, alcanzará a la totalidad del sector con cierto retraso. La Decisión de la Comisión 97/603/CE<sup>10</sup>, ha concedido plazos adicionales para la completa desmonopolización, que tendrá lugar el primero de diciembre de 1998. La ley 12/1997<sup>11</sup> y sobre todo la Ley General de Telecomunicaciones LGT<sup>12</sup> definen el marco normativo e institucional del sector en España.

Paralelamente, los Estados miembros están optando por privatizar los operadores públicos, tanto con el fin de reducir la deuda pública, como para permitir la competencia en plena igualdad entre los distintos operadores. Telefónica de España ha sido uno de los primeros operadores europeos en ser completamente privatizado.

4. La aplicación del derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones alcanza incluso mayor importancia tras la desmonopolización. Las normas de la competencia tienen la nueva misión de fomentar el desarrollo del mercado hasta alcanzar un régimen de competencia efectiva en el mismo. Es decir, un mercado con libertad de entrada, en el que un número significativo de empresas compiten, de acuerdo con las leyes del mercado y en igualdad de condiciones, por satisfacer la demanda.

La desmonopolización ha supuesto el desmantelamiento del principal mecanismo de funcionamiento del sector (intervención pública a través del monopolista), con el fin de sustituirlo por las leyes de oferta y demanda del mercado. Si no se desarrolla una competencia efectiva, esos mecanismos no funcionarán, y el monopolio público será sustituido por un monopolio privado incontrolado. La consecución de un marco competitivo efectivo requiere una aplicación firme del derecho de la competencia, tal y como se recoge en las Directrices aprobadas por la

---

80 (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, en el Asunto 41/83, Italia c. Comisión, Rec. 1985, p. 873). En este caso el Tribunal de Justicia se vio en la necesidad de justificar la aplicación de las normas de la competencia a una empresa pública.

<sup>3</sup> MONTERO PASCUAL, Juan J. (1997): "I monopoli nazionali pubblici in un mercato unico concorrenziale. Evoluzione e riforma dell'art. 90 del Trattato", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, vol. 7, núm. 3-4, pp. 663-672.

<sup>4</sup> Ver EHLERMANN, Claus-Dieter (1993): "Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community", en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 61-69, y GARDNER, Anthony (1995): "The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors", en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 78-86.

<sup>5</sup> Directiva de la Comisión 88/301/CEE, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en el mercado de los equipos terminales de telecomunicación, DOCE 1989 L 131/73, 27.5.88.

<sup>6</sup> Directiva de la Comisión 90/388/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicación, DOCE 1990 L 192/9, 24.7.90.

<sup>7</sup> Directiva de la Comisión 96/19/CE, de 13 de marzo de 1996, relativa a la implementación de la competencia completa en los mercados de telecomunicación, DOCE 1996 L 74/13, 22.3.96.

<sup>8</sup> La utilización de este procedimiento fue aprobada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas primero en la sentencia de 19 de marzo de 1991, en el Asunto C-202/88, Francia c. Comisión, Rec. 1991, p. 1223 y posteriormente en la sentencia de 17 de diciembre de 1992, en los Asuntos C-271, C-281 e C-289/90, España y otros c. Comisión, Rec. 1992, p. 5833. Para una visión crítica, ver DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (1995): "*Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

<sup>9</sup> Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, BOE 19.12.87, reformada en diferentes ocasiones y derogada en su práctica totalidad por la nueva Ley General de Telecomunicaciones.

<sup>10</sup> Decisión de la Comisión 97/603/CE, de 10 de junio de 1997, relativa a la concesión a España de plazos adicionales para la aplicación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión en lo que respecta a la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, DOCE 1997 L 243/48, 5.9.97.

<sup>11</sup> Ley 12/1997, de 24 de abril de 1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, BOE 25.4.97.

<sup>12</sup> Ley 11/1998, de 24 de abril de 1998, Ley General de Telecomunicaciones, BOE 25.4.98.

Comisión<sup>13</sup>, que evite, principalmente, abusos de las posiciones de dominio de los antiguos monopolistas, pero también comportamientos colusorios, o concentraciones ilegítimas de las empresas del sector, e incluso intervenciones anticompetitivas de las autoridades públicas.

5. La aplicación de las normas de defensa de la competencia en el sector que nos ocupa no resulta, sin embargo, sencilla. Operaciones básicas como la determinación del mercado relevante o el análisis de costes, adquieren una dificultad particular. La determinación del mercado relevante, tanto de producto como geográfico, imprescindible para delimitar el ámbito de los efectos de los comportamientos potencialmente anticompetitivos, adquiere una gran dificultad, debido a la rápida transformación de los mercados de telecomunicaciones. La Comisión, en sus Directrices, ha definido el concepto de mercado de productos: “El mercado del producto está formado por todos los productos que, por sus características, resultan particularmente apropiados para satisfacer unas necesidades que se manifiestan de modo constante, y que, sólo en cierta medida, son intercambiables con otros productos en lo tocante a su precio, utilización, y las preferencias de los consumidores”<sup>14</sup>. La convergencia de las tecnologías entre los sectores de telecomunicación, audiovisual e informático dificulta tal operación. Las redes de los tres sectores tienden a coincidir, y surgen nuevos servicios avanzados que combinan las características de los tres sectores (multimedia). En este entorno, es complicado definir el grado de sustituibilidad de las diferentes redes y servicios, y, por lo tanto el mercado de producto relevante.

La Comisión, bien a través de sus Directrices, bien a través de sus Decisiones en casos concretos, ha definido diferentes mercados de producto. Así, a título de ejemplo, las Directrices definen varios mercados de equipos terminales de telecomunicaciones (teléfonos fijos, teléfonos móviles, módems, equipos terminales de transmisión de datos etc.), en los mercados de servicios, se diferencian el servicio telefónico básico (local, interurbano e internacional), las telecomunicaciones móviles (con mercados diferentes pero convergentes: telefonía celular, radiobúsqueda, telepunto etc.), la transmisión de datos y muchos otros. En el subsector de infraestructuras, surgen mercados diferentes, distinguiéndose entre la red fija conmutada, las redes móviles, las redes por satélite, las redes de radiodifusión, las redes de televisión por cable etc. Estas redes forman mercados diferentes pero crecientemente convergentes (el satélite y la red terrestre son sustituibles para la provisión de ciertos servicios, cosa que ocurre igualmente con las redes de televisión por cable). La convergencia con el sector audiovisual ha supuesto la aparición de nuevos mercados: servicios técnicos y administrativos para ofertar televisión de pago (descodificadores, sistemas de acceso condicional etc.), el mismo servicio de televisión digital de pago, el mercado de pago por visión (diferente a la televisión de pago y ambos diferentes al de televisión tradicional)<sup>15</sup>, etc.

El mercado geográfico relevante ha sido tradicionalmente el nacional, a causa de los derechos exclusivos otorgados a tal nivel. El proceso de globalización está favoreciendo, sin embargo, la aparición de mercados más amplios. La demanda está exigiendo servicios globales y los operadores están reaccionando a través de acuerdos estratégicos. No obstante, no debe asumirse automáticamente que la presencia de un competidor multinacional suponga la existencia de un mercado también multinacional<sup>16</sup>. Así mismo, los nuevos actores y servicios pueden conformar mercados más reducidos, de ámbito regional o incluso local. Como consecuencia de todo lo anterior, la Comisión ha afirmado que “la definición del mercado considerado debe ser dinámica y variable”<sup>17</sup>.

6. Los comportamientos anticompetitivos en el sector están frecuentemente asociados a la política de precios de los operadores. Los precios predatorios, o la imposición de precios excesivamente altos a clientes, o a competidores para la interconexión, son supuestos de comportamientos abusivos para cuya determinación resulta necesario analizar los costes de los operadores. En el sector de las telecomunicaciones, como en todas las industrias de red, el cálculo de costes es un ejercicio complicado, pues la determinación del coste de servicios concretos se ve dificultado por el

<sup>13</sup> La Comisión aprobó en 1991 unas Directrices para la aplicación de las normas de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, DOCE 1991 C 233/2, 6.9.91. El fin de este documento fue ofrecer una guía sobre los criterios de la Comisión en la aplicación de las normas de la competencia en el sector. Su valor es meramente informativo, sin vincular a la Comisión a seguir los criterios expuestos en un posible proceso. El documento fue aprobado tras la primera ola liberalizadora, cuando la telefonía vocal básica y las infraestructuras no estaban aun incluidas en el paquete liberalizador, por lo que muchos de los supuestos previstos han sido superados.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrafo 26.

<sup>15</sup> Ver Decisión de la Comisión 94/922/CE, de 9 de noviembre de 1994, en el asunto MSG Media Service, DOCE 1994 L 364/1, 31.12.94, y *op. cit.* (nota 1) TEMPLE LANG (1997 I), p. 23.

<sup>16</sup> *Op. cit.* (nota 1) TEMPLE LANG (1997 I), p. 19.

<sup>17</sup> *Op. cit.* (nota 13) Directrices para la aplicación de las normas de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, párrafo 25.

predominio de los costes comunes y generales, asociados a la construcción y mantenimiento de la red general, sobre los costes atribuibles a servicios o partes concretas de la red.

La inexistencia de competencia impide que los mecanismos del mercado determinen los precios. Tradicionalmente los precios eran fijados en función de los costes totales de la empresa, atendiendo únicamente a la estabilidad financiera global del operador, permitiéndose importantes subsidios cruzados entre subsectores, en ocasiones con fines sociales o políticos. Para la determinación de costes en la fase de transición, se han distinguido dos posturas extremas y una intermedia.

La teoría económica tradicional defiende que el precio tiende a coincidir con el coste marginal, esto es, con el coste del último bien o servicio prestado. Este modelo, sin embargo, no se adapta bien al sector de las telecomunicaciones, pues este modelo comprende exclusivamente el coste extra para el operador de cada prestación, ignorando los costes pasados, que incluyen los comunes y generales de la red, elemento principal en este sector. Resultan, de acuerdo con este modelo, costes excesivamente bajos. Como alternativa, el modelo de costes completamente distribuidos reparte todos los costes generales y comunes entre los diversos elementos de la red y los servicios del operador, utilizando diferentes modelos teóricos. De este modo, el operador recupera toda la inversión realizada en la red. Este modelo, sin embargo, ignora la lógica del mercado, que atiende más a los costes futuros (coste de la siguiente unidad) que a los pasados (coste de la red instalada). Por último, se ha definido un modelo alternativo, el de coste marginal a largo plazo, que, basándose en el modelo tradicional de coste marginal, lo aplica en el largo plazo, introduciendo de este modo la consideración de los costes generales y comunes, pero no los del pasado, sino los del futuro.

La adopción de un modelo de cálculo de costes depende no sólo de la exactitud teórica del mismo, sino también del problema práctico que se desee resolver. Las comisiones reguladoras tienden a utilizar el modelo de costes marginales a largo plazo para fijar precios fijos o máximos, especialmente en lo relativo a la interconexión. Se pretende así fomentar el desarrollo de la competencia y el aumento de eficiencia del antiguo monopolista. Las autoridades de defensa de la competencia, sin embargo, utilizan generalmente modelos de costes totalmente distribuidos, y parece ser el modelo que aplicará la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea<sup>18</sup>.

7. El marco institucional es otro foco de conflictos. La distribución de competencias entre las autoridades nacionales de defensa de la competencia y la autoridad nacional reguladora (la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, CMT), así como las relaciones con las autoridades comunitarias, no están suficientemente precisadas. La CMT tiene la función de salvaguardar la competencia en los sectores de telecomunicaciones, y servicios audiovisuales y telemáticos. La CMT debe controlar los procesos de concentración, los acuerdos entre empresas con efectos contrarios a la competencia y los abusos de posición dominante del antiguo monopolista. Así lo determinan diversas disposiciones (art. 1.Dos.2.g) de la Ley 12/1997, art. 17.2 y Disposición Adicional Séptima de la LGT, art. 28 del R.D. 1994/1996). Sin embargo, la aplicación directa de las normas de defensa de la competencia, tanto comunitarias como nacionales, queda fuera de las competencias de la CMT.

Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas de defensa de la competencia (la Comisión Europea, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) disponen de mecanismos para enfrentarse a los comportamientos anticompetitivos propios de los mercados abiertos a la competencia. La legislación española, opta por mantener la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones en manos de las autoridades habituales, y no en manos de las comisiones especializadas, evitando crear un Derecho de la competencia sectorial<sup>19</sup>.

Así, los comportamientos potencialmente anticompetitivos que la CMT detecte, serán remitidos a los órganos especializados en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, con una petición razonada de iniciación de un procedimiento sancionador si se trata de los órganos nacionales (art. 28.1 R.D. 1994/1996). Todos los expedientes de dichos órganos requerirán informe preceptivo de la CMT (evacuado en el plazo de 15 días), bien sea en la fase de instrucción en el Servicio en los procedimientos sancionador y de autorización, bien sea en la fase de

<sup>18</sup> Ver TEMPLE LANG (1997 II): “*Community Antitrust Law and National Regulatory Procedures*”, Vigesimocuarta Conferencia Anual del Fordham Corporate Law Institute, p. 6.

<sup>19</sup> MARTINEZ LAGE, Santiago (1997): “¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, vol. 128, pp. 1-5, advierte sobre los riesgos de la aplicación de las normas de defensa de la competencia por parte de órganos sectoriales.

tramitación en el Tribunal en los procedimientos de control de concentraciones y de ayudas públicas (art. 28.2 R.D. 1994/1996). En los procedimientos iniciados por denuncia de la CMT, el órgano instructor, en su propuesta de resolución, sólo podrá apartarse del dictamen de la CMT de manera motivada (art. 1.Dos.2.m Ley 12/1997).

La relación con las autoridades comunitarias ha suscitado algún conflicto. La Comisión Europea consideró que la operación de concentración en Cable I Televisió de Catalunya<sup>20</sup>, notificada a la Comisión Europea por las partes, tenía dimensión comunitaria. La Comisión Europea se dirigió oficialmente al Servicio de Defensa de la Competencia quien informó favorablemente. La CMT, sin embargo, nunca fue consultada oficialmente por la Comisión Europea, lo que llevó al Consejo de la CMT a aprobar y hacer pública una comunicación a la Dirección General IV de la Comisión Europea manifestando su posición en torno a dicha operación, así como su disconformidad con la actuación de la Comisión Europea, al afirmar que “no parece que se haya respetado en sus justos términos el procedimiento establecido para comunicar a los Estados miembros, se entiende que en los órganos competentes en la materia, la notificación que las empresas [...] han realizado a la Comisión Europea. [...]. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es el órgano especializado dentro del Estado español en la salvaguardia de los principios de libre competencia y no discriminación en el mercado de las telecomunicaciones”<sup>21</sup>. La Comisión Europea, sin embargo, parece confirmar que mantendrá comunicación oficial de sus actividades únicamente con una autoridad nacional, aquella que aplique directamente las normas de defensa de la competencia (en España el SDC), por lo que la CMT deberá solicitar a los órganos nacionales de la competencia la comunicación de las acciones de la Comisión Europea<sup>22</sup>.

## II. Abusos de posición dominante.

### 1. Introducción.

8. La declaración de ilegalidad de los derechos exclusivos en el sector de las telecomunicaciones está permitiendo la entrada de nuevos actores a los mercados. Los antiguos monopolistas, sin embargo, gozan de una fuerte posición de dominio del mercado, de la que pueden abusar desarrollando diferentes comportamientos. En primer lugar, caben abusos de explotación, a través de la imposición de condiciones injustas a sus proveedores y clientes, tales como condiciones abusivas de contratación, discriminaciones, etc. En segundo lugar, los antiguos monopolistas pueden desarrollar estrategias excluyentes encaminadas a reforzar su dominio sobre el mercado, dificultando la aparición de competidores o limitando su crecimiento. La aplicación de precios predatorios y la negativa de contratar interconexiones con competidores, son abusos particularmente comunes en los mercados liberalizados de telecomunicaciones. Otro tipo de abuso es la conducta excluyente encaminada a extender la posición de dominio a sectores vecinos, a través de contratos acoplados (*tying*), por ejemplo. Dado el proceso de convergencia de tecnologías, la entrada de los antiguos monopolistas en los sectores informático y audiovisual debe ser estudiada atentamente.

9. El artículo 86 TCE prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Según la posición clásica del Tribunal de Justicia, la posición dominante se define como “la posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante por la posibilidad que disfruta de comportarse, dentro de un límite, independientemente de sus competidores y clientes y finalmente de los consumidores [...]. La constatación de que una empresa tiene una posición dominante no es en sí misma un reproche. Solamente supone que [...] la empresa tiene la especial responsabilidad de no actuar de modo que obstaculice la existencia de una competencia genuina y no distorsionada en el mercado común”<sup>23</sup>. En la misma línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha afirmado en repetidas ocasiones que “una empresa en posición de dominio no puede poner en práctica conductas que pueden estar permitidas a empresas que no ostentan tal posición”<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Decisión de la Comisión en el caso n° IV/M.1022, declarando la operación compatible con el mercado común en aplicación del artículo 6.1.b del Reglamento del Consejo 4064/89, de 28.1.98.

<sup>21</sup> Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 27 de noviembre de 1997, p. 5.

<sup>22</sup> Interesantes resultan las reflexiones de un alto funcionario de la DGIV de la Comisión Europea sobre las relaciones entre dicha institución y los organismos reguladores nacionales *Op. cit.* (nota 18) TEMPLE LANG, John (1997 II).

<sup>23</sup> Ver la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, en el asunto 322/81, Michelin c. Comisión, Rec. 1983, p. 3461.

<sup>24</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Expediente MC 10/96, AIRTEL/TELEFÓNICA, de 18 de julio de 1996, texto en ICE, núm. 2513, del 9 al 15 de septiembre de 1996, p. 62.



Los antiguos monopolios de telecomunicaciones disponen de una posición dominante en todos los mercados tradicionales y en la mayoría de los mercados de servicios avanzados. Este dominio no se extingue inmediatamente con la desmonopolización, como se ha demostrado en el caso inglés. Tanto la cuota de mercado del monopolista, como la de los nuevos competidores, como las condiciones del mercado (altas barreras de entrada, altos costes irrecuperables, altas economías de escala), sirven de indicadores para determinar la existencia de una posición de dominio. La legislación nacional, en determinados sectores, como el cable, ha determinado que Telefónica ostenta una posición de dominio<sup>25</sup>. La posición dominante prevista en el artículo 86 TCE no debe ser confundida con el concepto de operador con peso significativo en el mercado, introducido por la Directiva de interconexión, a fin de imponer obligaciones especiales a efectos de interconexión, cuando el operador dispone de una cuota de mercado mayor del 25%<sup>26</sup>, concepto que el legislador nacional ha traspuesto bajo la denominación de operador dominante<sup>27</sup>. Una vez demostrada la existencia de una oposición dominante en un determinado mercado, el siguiente paso es el estudio del comportamiento presuntamente abusivo.

## 2. Abusos de explotación.

10. La posición de fuerza económica que disfrutaban los antiguos monopolistas les permite desarrollar una serie de comportamientos abusivos por una parte frente a sus proveedores y por otra frente a sus clientes. La imposición de condiciones contractuales abusivas (especialmente precios), la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la limitación de la introducción de avances tecnológicos, son algunos de los abusos comunes. Muchos de estos comportamientos son frecuentes y perfectamente lícitos cuando los protagonizan empresas inmersas en mercados plenamente competitivos. Es la “especial responsabilidad” conferida por la posición de dominio el elemento diferenciador que convierte estos comportamientos en ilícitos.

Estos abusos son propios de estructuras monopolísticas, y por lo tanto no son una novedad en el sector. En la época de los monopolios legales existía igualmente el riesgo de abuso por parte del monopolista. La intervención pública, bien directa (explotación por un ente público) o indirecta (a través de la fijación de precios, calidades etc.) constituía el mecanismo de control. Con la liberalización del sector, las autoridades públicas están perdiendo sus instrumentos de intervención. Las autoridades nacionales mantendrán la potestad de fijar precios, pero es el derecho de la competencia el que, de modo creciente, debe velar por la transparencia en la prestación de los servicios de telecomunicación. Esta novedad tiene gran trascendencia, pues de un control centralizado, sometido a importantes presiones políticas (fijación de precios políticos, riesgo de captura del regulador, etc.), se pasa a un control difuso, en manos de los ciudadanos y empresas, así como de los competidores, quienes poseen un mecanismo jurídico de control sobre las empresas en posición dominante. De un control fundamentalmente político, se pasa a un control eminentemente jurídico.

11. La posición dominante de los antiguos monopolistas les permite aplicar condiciones abusivas a los proveedores y clientes con los que contratan, obteniendo de este modo beneficios ilegítimos. En el sector estos abusos pueden consistir en la imposición de prestaciones de baja calidad, o de largos periodos de espera para la instalación de líneas o reparación de equipos, pero el elemento contractual más importante es obviamente el precio. La imposición de precios excesivamente bajos a los proveedores, o altos a los clientes, es el ejemplo más claro de abuso de posición dominante<sup>28</sup>. El Tribunal de Justicia ha dictaminado que los precios son excesivos cuando se alejan del valor económico del bien o servicio<sup>29</sup>. Para demostrar esta divergencia, se puede comparar el precio con el coste de

<sup>25</sup> Disposición transitoria tercera del Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Telecomunicaciones por Cable, aprobado por el Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, BOE 26.9.96.

<sup>26</sup> Artículo 4.3 de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), DOCE 1997 L 199/32, 26.7.97.

<sup>27</sup> Artículo 23 LGT y artículo 1 de la Orden de 18 de marzo de 1997, que determina las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final y el servicio portador del mismo, BOE 27.3.97, modificado por la Orden de 4 de agosto de 1997, por la que se regula la conservación del número de los abonados al servicio telefónico básico, en caso de cambio de operador, BOE 22.8.97.

<sup>28</sup> Ver HAAG, Marcel y KLOTZ, Robert (1998): “Commission Practice Concerning Excessive Pricing in Telecommunications”, *Competition Policy Newsletter*, vol. 4, núm. 2, pp. 35-38, donde se afirma: “The Commission itself never aspired to use Article 86 EC-Treaty in order to act as a price setting authority. [...] However, it has also become clear that the Commission will make full use of its powers under Article 86”.

<sup>29</sup> Ver las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, en el asunto 26/75, General Motors contra la Comisión, Rec. 1975, p. 1367; y de 11 de noviembre de 1986, en el asunto 226/84, British Leyland contra Comisión, Rec. 1986, p. 3263.

producción del bien o servicio (cosa complicada en el sector), o con los precios en mercados similares, quizás de otros Estados miembros. La Comisión ha optado por intervenir en los casos en los que la divergencia con mercados similares excedía del 100%, aunque en el futuro se pretende adoptar una posición menos rígida. Las autoridades nacionales mantendrán la potestad de fijar precios, pero incluso esta intervención pública está sujeta a la aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma.

12. Las empresas en posición dominante, debido a su “especial responsabilidad”, están en la obligación de evitar conductas discriminatorias entre sus clientes y proveedores tendentes a premiar la fidelidad al operador dominante. Discriminaciones en los plazos de instalación y reparación en favor de los clientes que contraten todos los servicios de telecomunicaciones con el operador dominante<sup>30</sup>, o rebajas y descuentos dirigidos a asegurarse la totalidad de la demanda de un cliente<sup>31</sup>, son contrarios al artículo 86 TCE.

### 3. Abusos excluyentes dirigidos a reforzar la posición dominante.

13. El gran riesgo en los mercados desmonopolizados consiste en la perpetuación de la posición de dominio del ex-monopolista debido a su comportamiento anticompetitivo. El derecho de la competencia debe ser aplicado firmemente a los antiguos monopolios para evitar que su dominio se perpetúen en el tiempo. Existen dos comportamientos que son particularmente peligrosos en el sector: los precios predatorios y la negativa u obstáculos al acceso de competidores.

14. Con la entrada de nuevos competidores en el sector de las telecomunicaciones y el desarrollo de la competencia en el sector, se espera que los antiguos monopolios abaraten sus precios. Existe el riesgo, sin embargo, de que ese abaratamiento no sea el fruto de una sana competencia en el mercado, sino un intento de ahogar a los nuevos competidores expulsándolos del mercado, para, una vez restablecido el monopolio, retornar a los precios monopolísticos<sup>32</sup>.

En los EE.UU. existe un antiguo debate sobre los precios predatorios, fruto de una errática aplicación jurisprudencial<sup>33</sup>. La noción apriorística de precio predatorio es fácil de comprender, pero es mucho más complicado definir con exactitud cuando un precio es predatorio, y demostrar que una empresa concreta adopta tal estrategia para expulsar a un competidor. La aproximación más tradicional, pulida por Areeda y Turner<sup>34</sup>, consiste en considerar *per se* un precio predatorio cuando se sitúa bajo el coste, o más precisamente cuando el precio se sitúa bajo del coste variable medio. La doctrina económica, así como la jurisprudencia norteamericana<sup>35</sup>, ha matizado esta afirmación, al considerar que, por una parte es posible conseguir efectos predatorios con precios superiores al límite fijado anteriormente, y que por otra parte, precios inferiores a costes durante arcos temporales cortos podrían encontrar una justificación económica. La doctrina más radical ha incluso sugerido que los precios predatorios no tienen ningún fundamento económico. Concluyendo, se debe huir de una aproximación excesivamente formalista, de modo que la aplicación de precios inferiores al coste sea otro indicador más (siempre importante), dentro de un análisis completo del mercado en cuestión.

En el sector de las telecomunicaciones, los problemas de precios predatorios han ido tradicionalmente unidos a subvenciones cruzadas desde sectores regulados (monopolizados) a sectores no regulados y competitivos. Los reguladores han intentado atajar el problema a través de la fijación de precios mínimos, sistemas detallados de asignación de costes o separación contable de actividades, sistemas en general excesivamente mecánicos.

La liberalización total del sector pone fin a la divergencia entre mercados monopolizados y no monopolizados, pero no a la existencia de empresas en posición dominante, con “bolsillos profundos”, dispuestas a bajar drásticamente el precio de alguno de sus servicios, para desincentivar la entrada de competidores o, cuanto menos, lanzar mensajes confusos sobre la rentabilidad del sector.

<sup>30</sup> El artículo 86. c TCE contempla expresamente este tipo de abuso.

<sup>31</sup> A modo de ejemplo, ver el comportamiento de La Roche, en sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 85/76, Hoffmann- La Roche contra la Comisión, Rec. 1979, p. 461.

<sup>32</sup> Ver un interesante análisis de la cuestión en LARSON & KOVACIC (1990): “Predatory Pricing Safeguards in Telecommunications Regulation: Removing Impediments to Competition”, en *Saint Louis University Law Journal*, vol. 35, núm. 1, p. 1.

<sup>33</sup> GOMEZ SEGADE (1997): “Precios predatorios y derecho antitrust”, Marcial Pons, Madrid.

<sup>34</sup> AREEDA & TURNER (1975): “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”, en *Harvard Law Review*, vol. 88, p. 697.

<sup>35</sup> Fundamental fue el caso *Matsushita Electronic Industry Co. contra Zenith Radio Corp.*, 475 U.S 574 (1986).

Los principales competidores de Deutsche Telekom DT, interpusieron una denuncia contra dicha empresa ante la Comisión, a principios de 1996. Alegaban que la nueva propuesta de tarifas del operador dominante alemán incurría en un abuso de dicha posición dado su carácter predatorio. DT retiró finalmente su propuesta de tarifas, pero la conclusión de la Comisión fue que aún apoyando las reestructuraciones de precios, “hasta que la liberalización completa sea conseguida, la Comisión debe prestar una atención particular a los efectos y motivaciones de las reformas tarifarias”<sup>36</sup>. Problemas similares se han producido recientemente en Holanda y en Israel, y también en España, donde Telefónica Móviles vio rechazada una bajada de tarifas recientemente<sup>37</sup>.

15. El mercado de las telecomunicaciones se caracterizará durante años por la existencia de cuellos de botella, de instalaciones y recursos en manos de ciertos operadores (en principio los antiguos monopolistas), esenciales para que otros operadores presten sus servicios. Los operadores que se limiten a prestar servicios sin construir sus propias infraestructuras, necesitarán contratar la utilización de las mismas con empresas que probablemente compiten en la prestación de esos servicios. Los operadores con infraestructuras propias necesitarán interconectarlas con las infraestructuras de otros operadores, especialmente con las del operador dominante, a fin de universalizar su red. La Comisión, en su comunicación sobre la aplicación del derecho de la competencia a los acuerdos de acceso, ha afirmado que “toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial, disfruta de una posición dominante en el sentido de lo expuesto en el artículo 86”<sup>38</sup>. La negativa de suministro por parte del operador dominante puede ser contraria a las normas de defensa de la competencia<sup>39</sup>.

16. La doctrina<sup>40</sup> y jurisprudencia norteamericana desarrollaron la teoría de las instalaciones básicas (*essential facilities*) para justificar la obligación de una empresa de contratar con otra, excepción al principio general de libertad de empresa. Cuatro son las condiciones exigidas por la jurisprudencia norteamericana<sup>41</sup>. En primer lugar, una empresa en situación de dominio debe controlar un recurso o instalación (*facility*) vital para la viabilidad de sus competidores. Un segundo requisito es la imposibilidad, física o de otro tipo, de duplicar el recurso. En tercer lugar, se requiere una negativa de uso del recurso por el competidor. Por último, la provisión del recurso esencial debe ser factible.

La doctrina de las instalaciones esenciales ha sido aplicada por la Comisión recientemente<sup>42</sup>. Sin embargo, existe una diferencia con el derecho *antitrust* norteamericano que quizás impide un transplante de la teoría<sup>43</sup>. Si en los EE.UU., la teoría de los recursos esenciales legitima una de las contadas excepciones al principio de libertad de contratación, en Europa la Comisión ha afirmado que como “principio general, una negativa de suministro objetivamente injustificable, por una empresa en posición dominante [...] constituye una infracción del artículo 86”<sup>44</sup>. Así, en Europa, más que de *essential facilities*, se debería hablar de la aplicación del artículo 86 TCE por negativa de suministro<sup>45</sup>.

17. La Comunicación identifica los siguientes recursos esenciales en el mercado de las telecomunicaciones: las redes

<sup>36</sup> SHAUB, Alexander (1996): “Competition Policy in the Telecoms Sector”, en *Competition Policy Newsletter*, vol. 2, núm. 1, p. 6.

<sup>37</sup> Discurso de Villalonga en el Curso de la UIMP “Telecomunicaciones: competencia, convergencia y globalización”, Santander, Septiembre 1997.

<sup>38</sup> Texto provisional de la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones. Marco, mercados afectados y principios.

<sup>39</sup> Para una visión general de las negativas de suministro y la doctrina de las *essential facilities* ver BROKELMANN, Helmut (1997): “Las negativas de suministro en el Derecho de la competencia comunitario y español”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín 125, pp. 5-27.

<sup>40</sup> AREEDA (1990): “Essential Facilities: An Epiithet in Need of Limiting Principles”, en *Antitrust Law Journal*, vol. 58, p. 841.

<sup>41</sup> Ver en especial MCI Communications Corp. contra AT&T Co., 708 F. 2d 1081, 1132-33 (7th Cir. 1982).

<sup>42</sup> “El propietario de un recurso esencial que usa su poder en un mercado con el fin de proteger o fortalecer su posición en un mercado relacionado [...] imponiendo una desventaja competitiva a su competidor, infringe el artículo 86”, Decisión de la Comisión 94/19/CE, de 18 de enero de 1994, Sea Containers/Stena Sealink, DOCE 1994 L 15/8, 18.1.94, párrafo 66.

<sup>43</sup> Ver VENIT, James y KALLAUGHER, John (1994): “Essential Facilities: A Comparative Law Approach”, en *Fordham Corporate Law Institute*, pp. 315-343.

<sup>44</sup> Ver el comentario del caso Polaroid /SSI Europe en el Decimotercer Informe de Política de la Competencia, 1983, párrafo 157.

<sup>45</sup> Entre las sentencias del Tribunal de Justicia referidas a negativa de suministro destacan: sentencia de 6 de marzo de 1974, Asunto 6 & 7/73, Commercial Solvents c. Commission, Rec. 1974 p. 223; sentencia de 14 de febrero de 1978, Asunto 27/76, United Brands c. Commission, Rec. 1978, p. 207; y sentencia de 3 de octubre de 1985, Asunto 311/84, Centre Belge d’Etude de Marche-Telemarketing c. CLT & IPB, Rec. 1985, p. 3261.

públicas de telecomunicaciones para servicios vocales y/o de datos, los circuitos arrendados y equipo afín de terminación de red, datos básicos sobre los suscriptores del servicio público de telefonía vocal, sistemas de numeración y demás información técnica o sobre la clientela.

La Comisión expone los principios que aplicará en los casos que se le presenten, distinguiendo tres escenarios. En primer lugar, “la negativa de suministro a un nuevo cliente en circunstancias en que un titular de instalaciones dominante suministra ya a uno o más clientes que operan en el mismo mercado descendente constituirá un trato discriminatorio<sup>46</sup> que, de restringir la competencia en dicho mercado descendente, sería constitutivo de abuso [...] de no existir justificaciones objetivas”<sup>47</sup>. En segundo lugar, “la retirada de acceso a un cliente ya existente será casi siempre abusiva”<sup>48</sup>. El tercer y último escenario contempla el supuesto de que se deniegue el acceso a un servicio esencial que no se esté prestando a otro operador. La Comisión define los siguientes requisitos para imponer la obligación de contratar. Primero, el acceso a la instalación debe ser fundamental para que las empresas compitan en el mercado descendente. Segundo, el proveedor debe disponer de capacidad suficiente para facilitar el acceso. El tercer requisito es que “el titular de la instalación no consigue satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquea la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial, o impide la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o productos”<sup>49</sup>. El cuarto requisito es que la empresa solicitante esté dispuesta a abonar un precio razonable y no discriminatorio. Por último, no debe existir una justificación objetiva para negar el acceso (tal como su mal crédito).

La obligación de contratar incluye la obligación de hacerlo en términos justos, es decir, a cambio de un precio razonable y en condiciones técnicas adecuadas a las necesidades del competidor. El precio debe ser transparente, orientado a costes, promotor de eficiencia económica y no creador de barreras de entrada. Como ya vimos, el problema de precios y costes en el mercado de las telecomunicaciones es complicado, y de especial importancia en lo relativo a interconexión, pues este apartado supone un altísimo porcentaje de los costes de los nuevos operadores. Otras condiciones a fijar en la interconexión son las siguientes: el punto preciso de conexión de las redes, el tipo y número de las mismas, la capacidad y calidad de la misma.

18. El derecho de la competencia no dispone, sin embargo, de los mecanismos adecuados para asegurar la consecución de acuerdos equilibrados en los cortos plazos requeridos por un mercado tan dinámico como el de las telecomunicaciones<sup>50</sup>. El desequilibrio entre los contratantes, debido a la diferencia de tamaño y, especialmente, al diverso incentivo para la consecución de un acuerdo (vital para el nuevo actor y perjudicial para el operador dominante), dificulta el acuerdo. Es por este motivo que la Comunidad Europea, al igual que la FCC norteamericana, está desarrollando legislación especial, más intervencionista<sup>51</sup>, para regular estos acuerdos en el periodo de transición hacia la competencia efectiva. El derecho de la competencia permanecería en esta fase transitoria, como una red de seguridad.

La legislación comunitaria<sup>52</sup> está siendo desarrollada en el marco de la política de Oferta de Red Abierta ORA (acrónimo en inglés ONP)<sup>53</sup>. Esta legislación prevé que la interconexión entre operadores se definirá por acuerdos

<sup>46</sup> De gran interés resulta el tratamiento de la Comisión referido a la discriminación en la provisión de infraestructuras a un competidor en la Comunicación de acuerdo con el artículo 19.3 del Reglamento 17 relativa al caso nº IV/33.361 Infonet.

<sup>47</sup> *Op. cit.* (nota 38) Comunicación de la Comisión.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> La Comisión, en su Comunicación sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, DOCE 1997 C 76/9, 11.3.97, reconoce que “las normas comunitarias de la competencia no bastan para resolver los diversos problemas que se plantean en el sector de las telecomunicaciones”, p. 12.

<sup>51</sup> Así lo afirma la Comisión en su Comunicación, *op. cit.* (nota 50) p. 12.

<sup>52</sup> Las disposiciones más importantes de la política de ONP son las siguientes: Directiva del Consejo 90/387/CEE, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicación mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, DOCE L 192/1, 24.07.90; Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo 95/62/CE, de 13 de diciembre de 1995, relativa a la aplicación de la Oferta de red abierta a la telefonía vocal, DOCE L 321/6, 30.12.95; Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la Oferta de Red Abierta ONP, DOCE 1997 L 199/32, 26.7.97; y Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, DOCE 1998 L 101/24, 1.4.98.

<sup>53</sup> Ver ALABAU MUÑOZ, Antonio (1996): “Comentarios a la política de armonización de las telecomunicaciones de la Unión Europea. Planteamiento, evolución y futuro de la ONP”, en *Estudios de Transportes y Comunicaciones*, Ministerio de Fomento, Madrid.

privados de interconexión, bajo el control de las comisiones reguladoras. Por una parte se impone una intervención *ex ante*, a través de la imposición de contenidos obligatorios en los acuerdos, así como contenidos recomendados, y la imposición de tiempos máximos de duración de las negociaciones. También se prevé una intervención *ex post*, dirigida a proporcionar un procedimiento de conciliación obligatoria en el caso de que no se alcancen acuerdos en las negociaciones privadas.

19. Ya en España han surgido los primeros conflictos relativos a la interconexión. El Tribunal de Defensa de la Competencia condenó, en 1995, a Telefónica de España en el expediente “Teléfonos en aeropuertos” por impedir la interconexión a la empresa 3C Communications de España, que había instalado terminales telefónicas en los aeropuertos españoles. El Tribunal afirmó que “Telefónica [...] no está autorizada a denegar o retrasar ‘motu proprio’ el arrendamiento de líneas telefónicas [...]. Telefónica ha abusado de su posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones al intentar impedir la actividad de un competidor de pequeña dimensión”<sup>54</sup>.

Con posterioridad, el Gobierno aprobó una Orden<sup>55</sup> destinada a resolver los conflictos de interconexión hasta la fecha de la completa liberalización. Entre otros puntos importantes, la Orden fijó las tarifas de interconexión. Las tarifas españolas son substancialmente superiores a las señaladas por la Comisión en su Recomendación de 15 de octubre. Estas tarifas podrían ser contrarias al efecto útil del artículo 86 TCE.

#### 4. Abusos anticompetitivos dirigidos a extender la posición dominante a otros mercados.

20. Como ya hemos visto, los antiguos monopolios gozan de una posición dominante en la prestación del servicio de telefonía vocal básica, particularmente en el bucle local. Esta posición dominante puede ser aprovechada por los antiguos monopolios para introducirse ilegítimamente en mercados de servicios avanzados de telecomunicación (más abiertos a la competencia), e incluso a otros sectores, en especial al audiovisual e informático, gracias al proceso de convergencia de tecnologías<sup>56</sup>. La imposición de contratos acoplados (*tying*) es una de las estrategias idóneas para conseguir la expansión a otros mercados, siendo frecuente también la conclusión de acuerdos estratégicos (concentrativos o cooperativos), tal y como se analizará posteriormente.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea condenó a una cadena de televisión luxemburguesa por negarse a ceder tiempo en antena a un competidor dedicado a la televenta por teléfono. El Tribunal observó que “constituye un abuso [...] que una empresa en posición dominante en un mercado dado, se reserve [...] sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser ejercida por una empresa tercera [...] en un mercado vecino, pero distinto, a riesgo de eliminar toda competencia por parte de esta empresa”<sup>57</sup>.

La extensión de la posición dominante del mercado de servicios básicos al de servicios avanzados es uno de los mayores riesgos del sector, debido a la sinergia producida por la consecución de economías de escala. La imposición de redes conjuntas de distribución, publicidad conjunta, etc., posibilitan una entrada rápida y efectiva a nuevos mercados, estableciendo al mismo tiempo importantes barreras de entrada. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha impuesto recientemente medidas cautelares al grupo Telefónica en el mercado de servicios de información a través de las telecomunicaciones, consistentes en la prohibición temporal de realizar publicidad conjunta de sus servicios, a fin de distinguir claramente entre los mismos e identificar la empresa del grupo que los presta. El objetivo de estas medidas cautelares ha sido “impedir que la posición dominante de Telefónica pueda trascender a aquellas actividades que se prestan en régimen de competencia, con lo que en definitiva, se protegerá tanto el interés público del mercado como el particular”<sup>58</sup>. En la misma dirección se enmarcan las medidas cautelares impuestas a Telefónica Móviles consistentes en la diferenciación de los servicios analógicos prestados en régimen

<sup>54</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Expediente 350/94, Teléfonos en aeropuertos, de 1 de febrero de 1995, texto en Boletín Económico del ICE, núm. 2445, del 27 de febrero al 5 de marzo de 1995, pp. 62-70.

<sup>55</sup> Orden de 18 de marzo de 1997, por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final de telefonía básica y el servicio portador soporte del mismo, BOE 27.3.97.

<sup>56</sup> “Convergence may make the advantages of a company dominant in one of these markets relevant to the assesment of its plans in the other”, ver *op. cit.*(nota 1) TEMPLE LANG (1997), p. 30.

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el asunto 311/84, Centre belge d’études de marché-télémarketing c. Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, 1985 Rec. 3279.

<sup>58</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Expediente MC 18/96, SERVICOM/TELEFÓNICA, de 4 de febrero de 1997, p. 17.

monopolístico, y los digitales, prestados en régimen de competencia<sup>59</sup>.

21. El artículo 86 (d) TCE define como abuso la conducta consistente en "subordinar la celebración de contratos a la aceptación...de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos". A través de cláusulas acopladas, se puede imponer condiciones abusivas al cliente, pero al mismo tiempo se puede afectar a un competidor en un sector diferente, al utilizar la posición dominante para restarle cuota de mercado y quizás, trasladar el dominio al nuevo sector.

### 5. Abusos de los derechos de propiedad industrial.

22. En principio, la propiedad intelectual, en sentido amplio<sup>60</sup>, no es más que otra faceta de la competencia. Así, Lehman define estos derechos como "restricciones específicas de la competencia en el nivel productivo con el fin de estimularla en el nivel innovativo"<sup>61</sup>. Sin embargo, la exclusividad que caracteriza estos derechos puede, con carácter puntual, producir más daño que beneficio a la competencia. En la medida que los derechos de propiedad intelectual e industrial impiden el acceso a tecnologías y productos claves o más baratos, se ha hablado de estos derechos exclusivos como barreras endógenas o creadas deliberadamente por uno de los competidores<sup>62</sup>. En este sentido, es necesario presentar la tensión básica entre la defensa de la propiedad intelectual y la necesidad de estandarización.

23. Como ya ha sido dicho, la liberalización del sector de las telecomunicaciones comenzó por la de los equipos conectables a la red. La razón para ello fue la manifiesta incapacidad de los monopolios para diversificarse y hacer frente a los nuevos desafíos tecnológicos. Sin embargo, la diversificación en la producción de los equipos pone de manifiesto la necesidad de asegurar la interoperabilidad entre equipos y redes con frecuencia heterogéneos<sup>63</sup>. El proceso de estandarización tiende a que los diferentes protocolos (o procesos de telecomunicación) sean compatibles haciendo así posible la interconexión.

Según Brown<sup>64</sup> la normalización puede traer los siguientes beneficios: 1) Intensificación de la competencia a través de los precios. 2) Estimulación de la competencia en industrias relacionadas como servicios de reparación o de venta de recambios. 3) Probable creación de más productos complementarios también compatibles. 4) Protección al consumidor contra el riesgo de orfandad (es decir, el riesgo de quedar abandonado con una tecnología obsoleta). 5) Permite además capturar las externalidades de red. Cada teléfono, por ejemplo, es más valioso para su usuario si se extiende la red con nuevos usuarios dotados de aparatos compatibles.

Sin embargo, hay dos riesgos en este proceso. Por una parte existe un riesgo de que la normalización "congele" un estándar técnico que compromete la fiabilidad del sistema y que sería mejorable de quedar la situación abierta. Por otra parte, la normalización puede entrar en contradicción con los derechos de propiedad intelectual. De hacerse prevalecer los intereses de normalización sobre la propiedad intelectual se desincentiva la investigación y se priva al consumidor de los beneficios de la competencia tecnológica (nuevos productos y servicios a precios cada vez más competitivos). Es difícil pero necesario, entonces, buscar el justo punto de equilibrio entre los beneficios de la estandarización (de forma que el mercado de servicios quede abierto) y la efectiva protección de la propiedad intelectual (de forma que se deje también abierto el mercado de las innovaciones).

24. Las especificaciones técnicas para terminales son elaboradas sobre la base de las normas de telecomunicación preparadas por el *European Telecommunications Standards Institute* (ETSI) y se denominan ETS (*European Telecommunications Standards*)<sup>65</sup>. El proceso de normalización en materia de telecomunicaciones presenta la

<sup>59</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución del Expediente MC 10/96, AIRTEL/TELEFÓNICA, de 18 de julio de 1996, texto en Boletín Económico del ICE, núm. 2513, del 9 al 15 de septiembre de 1996, pp. 58-64.

<sup>60</sup> Entiéndase por "propiedad intelectual" no sólo el derecho de autor y derechos conexos sino también los derechos de propiedad industrial salvo que se haga una oposición expresa entre ambas categorías.

<sup>61</sup> Ver LEHMAN, M. (1985): "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Property", en *IIC series*, vol. 16, p. 538.

<sup>62</sup> Ver SHEPHERD W. G. (1997): "Dim prospects: effective competition in telecommunications, railroads and electricity" en *The Antitrust Bulletin*, Spring, p. 157.

<sup>63</sup> Este paso que ya había dado la *Federal Communications Commission* en 1968 en EE.UU. es un requisito indispensable para la aplicación efectiva de la ORA.

<sup>64</sup> BROWN J. E. (1993): "Technology Joint Ventures to set Standards or define Interfaces" en *Antitrust Law Journal* vol. 61, p. 922.

<sup>65</sup> A partir de la Directiva 91/263/CEE de 29 de abril de 1991, relativa al reconocimiento mutuo de los acuerdos, DOCE 1991 L 128/1, 23.5.91, el procedimiento es el siguiente: los proyectos de especificaciones técnicas de interoperabilidad son sometidos a dictamen de un nuevo organismo, el ACTE (Comité de acuerdo de los equipos de telecomunicaciones). Seguidamente, la Comisión adopta las especificaciones bajo la

particularidad de ser obligatorio. Las directivas aplicables a los equipos de telecomunicaciones sientan la obligatoriedad de algunas de estas normas a través de las RTC (reglamentaciones técnicas comunes)<sup>66</sup>.

El ETSI fue creado por recomendación de la Comisión europea específicamente para acometer la tarea de estandarización de las telecomunicaciones en 1988 debido a las peculiaridades sector<sup>67</sup>. Además, se distingue de los otros organismos normalizadores porque está constituido a partes iguales por miembros de las administraciones nacionales, fabricantes y operadores de red<sup>68</sup>.

El ETSI ha encontrado un obstáculo en su tarea de formulación de estándares: los derechos de propiedad intelectual<sup>69</sup>. Según la Comisión, el riesgo de utilización de derechos de propiedad intelectual para crear obstáculos al proceso de estandarización y así impedir la interoperabilidad y el libre acceso es especialmente inminente en el sector de las telecomunicaciones. Por esta razón, el ETSI ha tratado de imponer una política vigorosa en favor de la estandarización recortando, en caso de necesidad, eventuales derechos de propiedad intelectual<sup>70</sup>.

También la Comisión europea interviene en este proceso pero, para la Comisión, no se trata tanto de imponer normas técnicas como de incitar a los diferentes actores de operar bajo estándares comunes<sup>71</sup>. En contraste con la posición del ETSI, la Comisión y el Tribunal de Justicia no aplican la teoría de los recursos esenciales fuera del marco del artículo 86 y, en cualquier caso, jamás de forma explícita. Así, antes de concluir la existencia de un abuso es necesario definir el mercado relevante y detectar una posición de dominio.

25. Una vez definido el mercado relevante se debe decidir si el titular del derecho se encuentra o no en una posición de dominio. El criterio principal en este momento es la existencia o no de productos substitutivos<sup>72</sup>. En cuanto a la determinación del abuso, el Tribunal de Justicia ha sostenido que la existencia del derecho de propiedad intelectual no puede estar afectada por las reglas de competencia desde la celebre sentencia del caso Consten-Grundig<sup>73</sup>.

---

forma de reglamentaciones técnicas comunes y las publica en el DOCE. Las normas relativas a la seguridad eléctrica y la compatibilidad electromagnética son preparadas por el CENELEC (normas EN o EN V).

<sup>66</sup> Además, para facilitar la libre circulación de mercancías, los equipos telefónicos deben cumplir determinadas exigencias esenciales de seguridad eléctrica, compatibilidad electromagnética etc.

<sup>67</sup> El ETSI figura sobre la lista de organismos reconocidos por la Comisión aneja a la Directiva 83/189/CEE que establece un mecanismo de comunicación obligatoria de las normas.

<sup>68</sup> Otros organismos que se ocupan de la estandarización en el ámbito de las telecomunicaciones son, a nivel mundial, el CCITT (comité Consultivo Internacional para la Telegrafía y el Teléfono), el ISO (organización internacional de estandarización) y el CEI (organismo competente en materia de equipos eléctricos y electrónicos).

La CEPT, conferencia europea de servicios postales y telecomunicaciones, reagrupa a 27 países europeos y aspira a armonizar sus posturas y a unificar sus posiciones de cara al proceso de normalización mundial.

A nivel americano las principales agencias son ANSI, IEEE, IFIP y NBS.

<sup>69</sup> Ver, por ejemplo, PRINS C. y SCHIESSI M. (1993): "The New European Standards Institute Policy: Conflicts Between Standardisation and Intellectual Property Rights", en *European Intellectual Property Review*, vol. 8, p. 263.

<sup>70</sup> En el borrador de su documento "Política de propiedad intelectual y empresa", el ETSI había previsto la imposición de una licencia obligatoria a cambio de una remuneración justa al titular de un derecho de propiedad intelectual sobre un estándar (ver la pregunta escrita a la Comisión europea 2525/92, DOCE 1993 C51/26). Debido a las preocupaciones expresadas por la Comisión (Comunicación de la Comisión "Derechos de propiedad intelectual y estandarización", COM (92) 445 final, Bruselas, 27 de Octubre de 1992), las referencias a la licencia obligatoria han desaparecido. Sin embargo, ciertos vestigios indican que la política del ETSI sigue consistiendo en perseguir la estandarización incluso sacrificando la propiedad intelectual. En particular, el derecho a no otorgar una licencia esta sujeto a una serie de formalidades procedimentales que tienden a dificultar su ejercicio. Tal negativa debe de comunicarse en un plazo de 180 días. En caso de no existir alternativa tecnológica alguna y haberse negado el titular a conceder una licencia, se abre un proceso de reconsideración que obliga al titular del derecho a informar de las razones de su negativa. Además, se ha creado un proceso extrajudicial con un procedimiento amistoso y un mecanismo de resolución de conflictos (párrafo 19) e incluso se llega a hablar de una obligación por parte del titular del derecho de conceder la licencia (párrafo 4.4). En resumen, lo fundamental parece ser el carácter esencial o no del derecho de propiedad. En caso de ser esencial, el derecho de resistirse a la licencia se ha limitado al mínimo. Ver *op. cit.* (nota 63) PRINS y SCHIESSSEL (1993), p. 246.

<sup>71</sup> Dentro de la Comisión, los asuntos de telecomunicaciones están confiados a la DG XIII. También se ha procedido, por recomendación del Consejo, a la constitución de un Comité con el nombre de S.O.G.T. (Seniors Officers Group in Telecommunications) que tiene la potestad de proponer textos al Consejo.

<sup>72</sup> Si estamos ante una facilidad esencial no habrá alternativas viables, por definición, y la posición de dominio podrá deducirse automáticamente.

<sup>73</sup> Sentencia de l Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, en los asuntos 56 y 58/64, Etablissements Consten Sarl and Grundig-Verkaufs GmbH c. Comisión , Rec. 1966, p. 299.

En el caso Volvo<sup>74</sup> el Tribunal de Justicia determinó que la imposición de una licencia obligatoria incluso a cambio de un royalty adecuado afecta a la substancia o existencia del derecho exclusivo, por lo que la negativa a aceptar este tipo de licencia no puede constituir en sí mismo un abuso de posición dominante y ello aunque así se elimine la competencia en un mercado derivado (el de los recambios de automóviles). Se plantea entonces la pregunta: ¿Cuándo se puede considerar que el titular de un derecho de propiedad intelectual ha abusado su derecho? La Corte proporciona en Volvo varios ejemplos de conductas abusivas: la negativa arbitraria a vender los recambios a servicios técnicos independientes, la imposición de precios desproporcionados y la cesación prematura de la fabricación de recambios cuando todavía quedan muchos vehículos en activo<sup>75</sup>.

Por otra parte, en Magill la Corte ha decidido, de forma bastante incoherente con su decisión en Volvo, que la negativa a conceder una licencia constituye un abuso en dos casos. Primero, si con ello se consigue impedir la producción y comercialización de un nuevo producto para el que potencialmente existe una demanda por parte de los consumidores. Segundo, si el titular utiliza el derecho para extender su posición de dominio a un mercado derivado. Ambos supuestos son de gran relevancia en el mercado de equipos de telecomunicaciones. Sin embargo, Magill es un caso extremo por lo que las generalizaciones de su doctrina son arriesgadas. La peculiaridad de Magill es que concernía un derecho de autor sobre meros hechos y no sobre la expresión de ideas. Por este motivo, un sector de la doctrina ha criticado la solución dada pues se hubiera debido, en cambio, contestar la existencia de la ley nacional bajo el artículo 30<sup>76</sup>.

26. Como anunciábamos más arriba, la solución al conflicto entre la propiedad intelectual y la necesidad de interoperabilidad es difícil. Sin embargo, sostenemos que dos principios pueden ser de utilidad. Por una parte y a nivel general, debe tenerse en cuenta que la liberalización del mercado de equipos tiene como objetivo último el favorecer el progreso técnico del que precisa la sociedad de la información. En consecuencia, la eventual restricción de los derechos de propiedad intelectual nunca debe poner en peligro los incentivos imprescindibles para fomentar las actividades de I+D. Por otra parte, debe considerarse el papel fundamental que la resolución de estos conflictos puede tener para alcanzar una situación de competencia efectiva. En este sentido, el recorte de los derechos de propiedad intelectual en manos del antiguo monopolista puede estar justificado ya que, aunque a corto plazo las inversiones en innovación del antiguo monopolista disminuyan, las innovaciones de los nuevos competidores compensarán por esta pérdida. Además, a medio y largo plazos solo las estructuras competitivas garantizan un nivel de innovación sostenible.

### III. Conductas colusorias y alianzas estratégicas.

#### 1. Conductas colusorias.

27. Los artículos 1 LDC y 85 TCE prohíben a todos los operadores, ya sean privados o públicos, el constituir acuerdos en los que pongan en peligro la competencia. El concurso de leyes entre el artículo 1 LDC y el 85 TCE suele resolverse a favor del segundo ya que el primero sólo es de aplicación cuando se trata de restricciones a la competencia limitadas a España<sup>77</sup>. Para caer dentro de la prohibición se debe tratar de un acuerdo entre diferentes operadores económicos sobre un mercado definido y con el objeto o el efecto de restringir o falsear la competencia. Existe además un listado de prácticas anticompetitivas cuyo carácter no es exhaustivo.

Aunque la prohibición de acuerdos colusorios es muy amplia, la Comisión tiene el poder de acordar una exención bajo el artículo 85.3 para los acuerdos que, pese a restringir la competencia en el sentido del 85.1, redunden en beneficios para la producción, distribución o el progreso técnico o económico siempre que las restricciones sean imprescindibles para alcanzarlos y una parte de los mismos vaya a los consumidores.

Con el fin de agilizar el procedimiento de exención, la Comisión (previamente habilitada por el Consejo) ha introducido diversas exenciones en bloque. Entre ellas podemos destacar la relativa a acuerdos de investigación y desarrollo (418/85) y la reciente exención relativa a los acuerdos de transferencia de tecnología (250/96) que

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, en el Asunto 238/87, Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd., Rec. 1988, p.. 6039.

<sup>75</sup> *Ibid.* párrafo 9.

<sup>76</sup> Ver por ejemplo GOVAERE, I. (1996): *"The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in E.C. Law"* Sweet and Maxwell.

<sup>77</sup> El Tribunal de Justicia tiene una noción muy amplia de restricción de alcance comunitario. Aunque se produzca en un solo Estado miembro se estima que el obstáculo afecta el comercio intracomunitario al restringir la penetración en este mercado por parte de productores de otros países de la Comunidad. También se estima afectado el comercio intracomunitario si el sistema de distribución exclusivo impide las ventas pasivas a clientes potenciales de otros países de la Comunidad.



consolida las relativas a acuerdos de licencia de patentes (2349/84) y de *know-how* (556/89). Los acuerdos que satisfagan los requisitos de una exención en bloque disfrutan del mismo régimen que si hubieran obtenido una exención individual. La estructura de una exención en bloque consiste típicamente de una lista "blanca", conteniendo las cláusulas permitidas, y una lista "negra" que menciona las cláusulas que de incluirse en el acuerdo hacen inaplicable la exención<sup>78</sup>. Las cláusulas "grises" (es decir, restrictivas de la competencia pero que no están contenidas ni en la lista blanca ni en la negra) deben ser notificadas a la Comisión ya que, en caso contrario, todo el acuerdo caerá fuera de la exención. Para este fin se dispone de un procedimiento abreviado para resolver sobre su validez (procedimiento de oposición)<sup>79</sup>. Por último, la Comisión dispone de la posibilidad de retirar el beneficio de la exención en ciertos supuestos tasados<sup>80</sup>.

28. Los mercados oligopolísticos, como el que nos ocupa, tienden a la celebración de acuerdos y al desarrollo de prácticas concertadas entre los distintos operadores, a fin de determinar los precios y las condiciones de contratación. Estos acuerdos son evidentemente contrarios a las normas de defensa de la competencia. La estructura de mercado heredada, caracterizada por la existencia de operadores dominantes a nivel nacional y con escasa presencia en mercados extranjeros, facilita los acuerdos de repartición de mercados y aquellos dirigidos a controlar la producción o el desarrollo tecnológico.

En el ámbito de las organizaciones y asociaciones internacionales del sector pueden producirse acuerdos colusorios. Así, la Comisión denunció en 1989 la celebración de acuerdos, en el seno de la CEPT<sup>81</sup>, relativos al alquiler de líneas internacionales, con claros componentes anticompetitivos, como coordinación tarifaria<sup>82</sup>.

29. Hemos examinado anteriormente la fijación de estándares por parte de la autoridad reguladora. Aparte de esta fuente, existen otras dos posibles fuentes de estándares: el derecho nacional y los acuerdos entre competidores. En cuanto a los estándares nacionales, se consideran en violación del artículo 30 si obstruyen la importación o la exportación de productos. Los acuerdos entre empresas para la fijación de estándares son acuerdos horizontales que pueden ser anticompetitivos si prohíben la venta de productos distintos<sup>83</sup>, limitan el desarrollo técnico<sup>84</sup>, u obstruyen las importaciones<sup>85</sup>. Sin embargo, tales acuerdos pueden ser deseables, si están objetivamente justificados<sup>86</sup>, ya que favorecen la interoperabilidad. En tal caso, caen fuera del artículo 85.1. En caso contrario, el acuerdo aun podría beneficiarse de una exención bajo el artículo 85.3 si los efectos positivos superan a los negativos. Además, la Comisión tiene la potestad de acordar una exención en bloque para los acuerdos cuyo objeto es la aplicación de estándares. Sin embargo, este poder no ha sido todavía ejercitado.

## 2. Alianzas estratégicas.

30. Las alianzas estratégicas juegan un papel esencial para aproximar actores con habilidades complementarias y poder satisfacer la demanda de servicios de telecomunicaciones a nivel global que pueden ser contratados y pagados a un solo interlocutor (*one-stop-shopping* y *one-stop-billing*). Por otra parte, pese a que en un gran número de ocasiones las alianzas estratégicas facilitan innovaciones que las empresas participantes no podrían conseguir de una forma individual, una coordinación excesiva puede falsear la competencia al diluirse los incentivos para competir. Se impone así la búsqueda de un balance entre cooperación y competencia. En este sentido, la normativa *antitrust* dispone de dos mecanismos: la prohibición de acuerdos colusorios y la normativa sobre fusiones.

<sup>78</sup> Sin embargo, todavía sería posible obtener una exención individual previa notificación.

<sup>79</sup> La nueva exención para acuerdos de transferencia de tecnología ha refinado este mecanismo. Así, a partir de la notificación, la Comisión dispone de cuatro meses para oponerse. Si no lo hace se considerará que el silencio tiene efectos positivos.

<sup>80</sup> Ver por ejemplo el artículo 7 del Reglamento 240/96.

<sup>81</sup> Ver *supra* nota 68.

<sup>82</sup> Ver el XX Informe sobre la política de la competencia, 1990, párrafos 56 y 57.

<sup>83</sup> Decisión de la Comisión, Asunto Uniform Eurocheques, DOCE 1989 L 36/16, 8.2.89; y Sentencia del Tribunal de Justicia, de 11 de junio de 1989, en el Asunto 246/86, *Belaco c. Comisión*, Rec. 1989, p. 2117.

<sup>84</sup> Decisión de la Comisión, Asunto Video Cassette Recorders; DOCE 1978 L 47/42, 18.2.78; Decisión de la Comisión, Asunto X/open Group, DOCE 1987 L 35/36, 6.2.87, (dónde un estándar industrial "abierto" fue objeto de exención bajo el artículo 85.3 en la industria de software).

<sup>85</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, en los Asuntos 96 a 102, 104, 105, 108, y 110/82 *Iaz c. Comisión*, Rec. 1983, p. 3369.

<sup>86</sup> Decisión de la Comisión, Asunto Retel 1988 DOCE 1991 C121/2, 7.5.91 (decisión sobre reglas disciplinadas las empresas instaladoras de equipos de telecomunicaciones y procesamiento de información).

Desde el punto de vista jurídico las alianzas estratégicas se puede plasmar en diferentes formas: creación de una filial común, fusión de empresas o acuerdos de investigación. Con frecuencia, se utiliza el termino *joint-venture* para designar estos acuerdos entre empresas (salvo las fusiones) pero el termino *joint-venture* no tiene consecuencias automáticas desde el punto de vista del derecho de la competencia<sup>87</sup>. Las alianzas estratégicas están sujetas a un doble régimen jurídico, tanto a nivel comunitario como español, según su carácter sea concentrativo o cooperativo. Por una parte, los artículos 85 TCE y 1 LDC son aplicables a los acuerdos destinados a coordinar el comportamiento competitivo de los participantes. Por otra parte, el reglamento de Concentraciones y el capítulo II LDC son aplicables a los acuerdos de naturaleza eminentemente concentrativa. La naturaleza cooperativa o concentrativa de un acuerdo no es siempre fácil de determinar. Por este motivo, la Comisión publicó en 1990 una nota encaminada a definir los lindes en los casos más complejos<sup>88</sup>.

El factor fundamental para definir la naturaleza de la alianza estratégica es determinar si la operación tiene el objetivo o el efecto de coordinar el comportamiento competitivo de las empresas participantes. En el caso de creación de una *joint-venture*, esta coordinación se dificulta cuando el objeto social de la misma es diferente del de las empresas matrices, bien porque las empresas hayan cedido a la filial en exclusiva el subsector de mercado, bien porque nunca lo hayan explotado. Otro indicio del carácter concentrativo de una alianza es la autonomía de las partes o de la *joint-venture* creada. Esta autonomía no se ve impedida por el cruce de participaciones minoritarias en el capital o por el cruce de miembros de los órganos directivos, siempre que estas operaciones no impliquen la cesión de una influencia decisiva en la actividad de la empresa, pero sí por el control por parte de las empresas matrices de recursos necesarios, cadenas de distribución o laboratorios de I+D<sup>89</sup>.

### 3 Alianzas cooperativas.

31. La calificación de una alianza estratégica como cooperativa, y la aplicación, por lo tanto de los artículos 85 TCE y 1 LDC, dependerá en buena medida de la estructura del mercado y de la posición de las empresas participantes en el mismo, y, evidentemente del carácter del acuerdo de colaboración. Resulta de utilidad distinguir entre las alianzas cooperativas horizontales y las verticales. Las alianzas horizontales son aquellas que conciertan el comportamiento competitivo de empresas que operan en el mismo nivel de un mercado (por ejemplo acuerdos entre operadores nacionales de telecomunicaciones). Las alianzas cooperativas verticales conciertan el comportamiento de empresas que operan en niveles diferentes del mercado pero relacionados de modo que el producto relevante de uno es utilizado en otro (por ejemplo acuerdos entre operadores de servicios de telecomunicaciones y empresas de comunicaciones o informática).

32. Las alianzas entre operadores nacionales de telecomunicaciones, encaminadas a la creación de operadores globales, han sido las más frecuentes en Europa. La primera fue la alianza entre BT y MCI<sup>90</sup>, pero fue seguida por las alianzas entre DT, FT (*Atlas*)<sup>91</sup>, la alianza entre *Atlas* y *Sprint (Global One)*<sup>92</sup>, entre la holandesa PTT Telecom, la sueca Telia, la PTT suiza y Telefónica (*Unisource*) y, recientemente, la frustrada adquisición de MCI por BT, con una tambaleante alianza con Telefónica y el operador portugués. La Comisión ha aprobado recientemente el fortalecimiento de *Unisource*, así como su alianza con AT&T, formando *Uniworl*<sup>93</sup>. La estrategia de la Comisión, cristalizada en su decisión en el caso BT-MCI, consiste básicamente en declarar las alianzas contrarias al artículo 85.1, para, paso seguido, conceder exenciones particulares en virtud del artículo 85.3, siempre que determinadas condiciones sean aceptadas. Veamos más extensamente la posición de la Comisión frente a los operadores globales a través del caso BT-MCI.

La alianza estratégica entre BT y MCI consistía en la compra por parte de BT del 20% de las acciones de MCI, y en

<sup>87</sup> Ver AREEDA P. Y KAPLOW L. (1988): "Antitrust Analysis", cuarta ed., p. 270.

<sup>88</sup> Nota de la Comisión (90/C 203/06) relativa a las operaciones concentrativas y cooperativas bajo el reglamento de concentraciones CEE 4064/89 de 21 de Diciembre de 1989.

<sup>89</sup> Ver *op. cit.* (nota 1) CABALLERO SANZ F. y PEÑA M.A. (1995).

<sup>90</sup> Decisión de la Comisión 94/579/CE, de 27 de julio, Asunto BT-MCI, DOCE 1994 L 223/36, 27.8.94.

<sup>91</sup> Decisión de la Comisión 96/546/CE, de 17 de julio de 1996, Asunto ATLAS, DOCE 1996 L 239/23, 19.9.96. Aunque el componente nacional y las posiciones de dominio eran más fuertes en este caso que en el de la alianza BT-MCI, la estrategia de la Comisión fue substancialmente la misma.

<sup>92</sup> Decisión de la Comisión 96/547/CE de 17 de julio de 1996, Asunto PHOENIX-GLOBAL ONE, DOCE 1996 L 239/57, 19.9.96.

<sup>93</sup> Decisión de la Comisión 97/780/CE, de 29 de octubre de 1997, Asunto *Unisource*, DOCE 1997 L 318/1, 20.11.97 y Decisión de la Comisión 97/781/CE, de 29 de octubre de 1997, Asunto *Uniworl*, DOCE 1997 L 318/24, 20.11.97.

la creación de una *joint-venture*, denominada *Concert*, cuyo objeto social sería ofertar servicios de telecomunicación de valor añadido a nivel global, servicios distribuidos en exclusiva por los participantes (América para MCI y el resto del mundo para BT, que renunciaba paralelamente a participar en el mercado relevante).

La Comisión consideró que la compra de un 20% de MCI por parte de BT no era una práctica contraria al artículo 85.1. Por el contrario la creación de *Concert* fue considerada restrictiva de la competencia, debido a que la eliminación de la competencia, aun sólo potencial, entre los dos operadores, en el mercado de servicios de valor añadido, no era el único modo objetivo para entrar y permanecer en dicho mercado.

La alianza BT-MCI fue aprobada, sin embargo, aplicando la exención individual prevista en el artículo 85.3 dado el balance económico positivo de la misma. La alianza aceleraría la introducción de servicios globales de telecomunicación avanzada, beneficio que redundaría en favor de los consumidores. Los elementos contrarios a la libre competencia se limitaban a lo imprescindible y no aumentaban el riesgo de eliminar la competencia por parte de otros actores.

Otro tipo de alianza estratégica cooperativa es la encaminada a desarrollar grandes proyectos a nivel global, como las redes de satélites de órbita baja (LEO). La Comisión aprobó el proyecto *Iridium*<sup>94</sup>, una alianza de numerosas empresas, lideradas por Motorola y con la participación de STET y Vebacom. Se entendió que el acuerdo entre empresas era indispensable para desarrollar un proyecto de gran magnitud, con un riesgo considerable. Por todo ello la Comisión sentenció que la alianza no era contraria al artículo 85.1 TCE.

Otra categoría de acuerdos es aquella que persigue aunar esfuerzos para el desarrollo de nuevos productos o servicios. Un ejemplo de acuerdo cooperativo horizontal tecnológico lo proporciona la creación de una filial común por parte de Philips, Thomson Consumer Electronics y Sagem con el fin de concebir y desarrollar pantallas de cristal líquido para televisión y ordenadores. Aunque Philips y Thomson son competidores en este mercado, la Comisión les ha acordado una exención individual del artículo 85.3 ya que la filial está sometida a una competencia vigorosa a nivel mundial<sup>95</sup>. Otro ejemplo es la *joint-venture* entre Telecom Eireann y Motorola, denominada *Eirpage*, para desarrollar un servicio de radiobúsqueda en Irlanda, acuerdo que igualmente obtuvo una exención individual del artículo 85.3<sup>96</sup>.

33. Las alianzas cooperativas verticales no entrañan los riesgos anticompetitivos de las horizontales ya que no interesan a competidores directos entre sí<sup>97</sup>. El principal peligro de estos acuerdos radica en el posible control de infraestructuras, servicios, derechos de autor u otros cuellos de botella, que pueden ser utilizados en detrimento de la competencia. Así, un acuerdo no concentrativo entre un operador de telecomunicaciones y una empresa de difusión televisiva en posición dominante (bien por su cuota de mercado o por el disfrute de determinados derechos de emisión) puede dificultar la entrada en el sector de la televisión digital, con perjuicio para el proceso competitivo<sup>98</sup>.

Otro tipo de acuerdos verticales que presenta problemas interesantes para el derecho de la competencia es el relativo a redes de distribución. Las redes de distribución selectiva deben basarse sobre condiciones de selección objetivas aplicadas de forma no discriminatoria a los candidatos. Si no se satisfacen estos requisitos se considera que todos los miembros de la red han tomado parte en un acuerdo ilícito. Debido a las fuertes inversiones que se precisan, es lógico que las partes en una alianza exijan el carácter exclusivo antes de comprometerse. No se deben olvidar a este respecto las reglas de derecho de la competencia sobre las concentraciones<sup>99</sup>.

<sup>94</sup> Decisión de la Comisión 97/39/CE, de 18 de diciembre de 1996, Asunto *Iridium*, DOCE 1997 L 16/87, 18.1.97.

<sup>95</sup> Esto demuestra como el proceso globalizador permite mayores agregaciones a nivel regional sin que ello suponga un peligro desde el punto de vista de la competencia. Sin embargo, las consecuencias desde el punto de vista político pueden, a veces, no ser tan satisfactorias al crearse grupos de empresas demasiado potentes desde la óptica del Estado nación.

<sup>96</sup> Decisión de la Comisión 91/32.737, de 18 de octubre de 1991, Asunto *Eirpage*, DOCE 1991 L 306/22, 7.11.91.

<sup>97</sup> En los EE.UU. está generalizada la idea que los acuerdos verticales, en sí mismos, no suelen provocar problemas para la competencia. Ver por ejemplo FOGT W. Y GOTTS I. K. (1995): "US Technology Licensing Arrangements: Do New Enforcement Guidelines in the United States Mirror Developments in the European Community?", en *European Competition Law Review*, vol. 4, p. 216.

<sup>98</sup> Estas operaciones suelen desarrollarse, sin embargo, a través de alianzas concentrativas como la que fue rechazada en el caso *MSG Media Services GmbH-MSG*. El elemento vertical en las concentraciones es más peligroso que en las conductas colusorias, dada la estabilidad que las caracteriza.

<sup>99</sup> Ver *infra* la sección relativa a las fusiones.

#### 4. Alianzas concentrativas.

34. Las fusiones y *joint-ventures* de tipo concentrativo se rigen desde Septiembre de 1990 por el Reglamento 4064/89<sup>100</sup>. En los 6 años transcurridos desde que entró en vigor esta normativa la Comisión ha adoptado más de 500 decisiones finales.

Los efectos sobre la competencia de las fusiones y las *joint-ventures* concentrativas son muy variados. Por una parte, pueden promover la innovación y transferencia de nuevas tecnologías, servir a la consecución de economías de escala, a la racionalización y reestructuración de un sector o al desarrollo de nuevos mercados. Por otra parte, pueden reforzar estructuras de mercado oligopolistas, aumentar las barreras de entrada o reforzar posiciones de dominio con las que explotar más tarde a competidores, proveedores y consumidores<sup>101</sup>. La evaluación de estos efectos debe llevarse a cabo caso por caso. Aun así, tal examen entraña graves dificultades ya que los efectos a largo plazo de una fusión no siempre son claros pues cada fusión cambia la estructura del mercado.

En el sector de las telecomunicaciones resulta particularmente peligrosa la fusión del antiguo monopolista con otros actores con el fin de reforzar su posición en el mercado. Por supuesto, las empresas interesadas tratarán de presentar la fusión como imprescindible para el desarrollo tecnológico y respetuoso con la posición de paridad entre competidores en el mercado. Sin embargo, el dar la luz verde a este tipo de fusiones en un mercado, oligopolista en el mejor de los casos, puede llevar a una regresión de la competencia en el sector. Frente a esta postura, se argumenta con frecuencia que los avances tecnológicos tienden a erosionar las posiciones de poder en el mercado. Sin embargo, es raro que la firma dominante no controle estas amenazas con relativa facilidad. Así sucedió por ejemplo en la fusión de AT&T con el leader en sistemas celulares en los EE.UU., McCaw.

35. En Europa ha existido cierta tendencia hacia la concentración en el subsector de equipos, tendencia generalmente favorecida por la Comisión. Así la adquisición de Telettra por parte de Alcatel, fue aprobada por la Comisión<sup>102</sup>. A pesar de la consecución de una cuota importante en ciertos mercados de equipos de telecomunicación, principalmente en España, la Comisión consideró que Telefónica, el principal comprador de equipos en el mercado, al seguir una política de diversificación de proveedores, impediría la consecución de una posición de dominio, favoreciendo la entrada de potentes competidores como Siemens o Ericsson.

La *joint venture* entre STET y Siemens, por la que se concentraban las actividades de producción de equipos de ambas entidades en Italia, fue igualmente aprobada por la Comisión<sup>103</sup>. En este caso la Comisión sostuvo que la concentración no suponía la creación de una posición de dominio, en especial tras la aprobación de las directivas liberalizadoras en materia de terminales y concursos públicos.

La Comisión se ha mostrado igualmente favorable hacia las alianzas concentrativas dirigidas a crear operadores alternativos a los dominantes en cada Estado. Así aprobó una *joint venture* entre diez operadores ferroviarios, destinada a poner en común sus infraestructuras de telecomunicaciones y crear una red europea de servicios avanzados de telecomunicaciones<sup>104</sup>. Esta *joint venture* en ningún caso alcanzaría una posición de dominio, dada la potencia de sus competidores y la de sus clientes potenciales. Del mismo modo, la Comisión ha aprobado diversas alianzas concentrativas horizontales entre operadores de telecomunicaciones dirigidas a entrar en otros mercados nacionales: Telecom Eireann<sup>105</sup>, Telenordic/BT/Teledanmark<sup>106</sup>, British Telecom/Viag<sup>107</sup>, y recientemente Ameritech/Tele Danmark<sup>108</sup>, MCI/Worldcom, Wind y Airtel/BT/Ameritech.

<sup>100</sup> Reglamento 4064/89 relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE 1989 L 395/1, 30.12.89.

<sup>101</sup> Ver AROZAMENA M. J (1993): "Las concentraciones de empresas en la Comunidad Europea" Civitas, Madrid; y RITTER L. Y BRAUN W.D. (1994): "EEC Competition Law: A Practitioner's Guide" Kluwer, p. 331.

<sup>102</sup> Decisión de la Comisión 91/251/CEE, de 12 de abril 1991, declarando compatible con el mercado común la concentración Alcatel/Telettra, DOCE 1991 L 122/48, 17.5.91.

<sup>103</sup> Decisión de la Comisión 95/255/CE, de 17 de febrero 1995, declarando compatible con el mercado común la concentración Siemens/Italtel, DOCE 1995 L 161/27.

<sup>104</sup> GTS-Hermes Inc./HIT Rail BV, DOCE 1996 C 157/13.

<sup>105</sup> DOCE 1997 C 35, 4.2.97, comentado en XXVI Informe sobre la política de la Competencia, p. 177.

<sup>106</sup> DOCE 1995 C 154, 21.6.95, comentado en XXV Informe sobre la política de la competencia, p. 168.

<sup>107</sup> DOCE 1995 C 15, 22.12.95, comentado en XXV Informe sobre la política de la Competencia, p. 168.

<sup>108</sup> Decisión de la Comisión de 5 de diciembre de 1997, asunto IV/M. 1046 Ameritech/Tele Danmark, DOCE 1998 D 25/18, 24.1.98.

36. Las alianzas concentrativas de carácter vertical conllevan tres tipos de efectos anticompetitivos. En primer lugar, la concentración puede excluir del mercado a ciertos competidores, a causa del reforzamiento de posiciones de dominio de los participantes en la concentración. Segundo, es de destacar el efecto colusorio que la concentración produce. Por último, las concentraciones verticales pueden soslayar la regulación de precios, a causa de la especial relación con los proveedores<sup>109</sup>.

La Comisión ha adoptado una posición firme ante las alianzas concentrativas verticales que favorecen el control de cuellos de botella por parte de empresas dominantes en mercados descendentes. Cuatro son los principales asuntos en los que la Comisión se ha opuesto a una operación de concentración en el sector: MSG Media Service<sup>110</sup>, Nordic Satellite Distribution<sup>111</sup>, Cablevisión<sup>112</sup>, y RTL/Veronica/Endemol<sup>113</sup>. La posición de la Comisión se resume en las siguientes líneas: “La integración vertical [...] da lugar a que las posiciones de las partes en distintos mercados se refuercen recíprocamente”<sup>114</sup>.

El asunto MSG Media Service marcó la línea de actuación de la Comisión en el sector<sup>115</sup>, al impedir la creación de una empresa en participación destinada a desarrollar una plataforma de televisión digital, con la participación de Deutsche Telekom, operador de telecomunicaciones y propietario de casi todas las redes de televisión por cable en la RFA, Bertelsmann, grupo líder en los mercados de publicaciones y televisión comercial, y Taurus, del grupo Kirch, grupo líder en distribución de productos audiovisuales y televisión comercial. La Comisión entendió que tal concentración reforzaría las posiciones de dominio de Bertelsmann y Kirch en el mercado de televisión de pago, y la de DT en el mercado de redes de televisión por cable en Alemania, todo ello a través de la creación de una posición de dominio en el mercado de servicios técnicos y administrativos de la televisión de pago, autentico cuello de botella en el sector de la televisión digital de pago. La *joint venture* fue considerada restrictiva, ya que “Bertelsmann/Kirch impiden que Telekom se convierta en un competidor potencial en el mercado de los servicios técnicos y administrativos vinculados a la televisión de pago, [mientras que] esta última, mediante la empresa en participación propuesta evitará que las otras dos empresas estén disponibles como posibles socios de otros futuros operadores de red de distribución por cable”<sup>116</sup>.

La Comisión confirmó su posición en el asunto Nordic Satellite Distribution, al impedir la creación de una *joint venture* dirigida a ofrecer televisión de pago mediante satélite. La empresa en participación habría estado formada por Telenor, operador público de telecomunicaciones en Noruega, poseedor de una importante red de cable en dicho país, así como en Suecia, Finlandia y Dinamarca, TD, operador público de telecomunicaciones de Dinamarca, presente también en el sector del cable, y Kinnevik, grupo líder en el sector de televisión comercial y de pago en los países nórdicos. La operación consolidaría a NSD como empresa dominante en el mercado de suministro de capacidad de transponedor de televisión vía satélite y de servicios afines, situándose “en condiciones de impedir que otros operadores de satélite arrienden transpondedores a organismos de radiodifusión”<sup>117</sup>, controlando, por tanto, el cuello de botella. Este control permitiría a los participantes perpetuar sus posiciones de dominio en los mercados de televisión por cable y distribución domiciliaria directa de televisión de pago y de otras cadenas de televisión codificada.

El asunto Cablevisión, empresa en participación formada por Telefónica y Canal Plus España, creada con el fin de proporcionar servicios a los operadores de cable, así como en el mercado audiovisual, no fue resuelto por la Comisión a través de una Decisión, ya que las partes decidieron disolver la empresa en participación ante las presiones comunitarias a causa de sus efectos anticompetitivos. Cablevisión creaba o reforzaba posiciones de

<sup>109</sup> BRIONES ALONSO, Juan (1997): “Vertical Aspects of Mergers, Joint Ventures and Strategic Alliances”, en Vigésimocuarta Conferencia Anual del *Fordham Corporate Law Institute*.

<sup>110</sup> Decisión de la Comisión 94/922/CE, de 9 de noviembre, asunto MSG Media Service, DOCE 1994 L 362/1, 31.12.94.

<sup>111</sup> Decisión de la Comisión 96/177/CE, de 19 de julio, asunto Nordic Satellite Distribution, DOCE 1996 L 53/20, 2.3.96.

<sup>112</sup> La Comisión no adoptó una Decisión, dado que las partes renunciaron a la concentración. La posición de la Comisión en este asunto se desarrolla en el XXVI Informe sobre la política de la competencia, pp. 65-66.

<sup>113</sup> Decisión de la Comisión 96/346/CE, de 20 de septiembre de 1995, en el asunto RTL/Veronica/Endemol, DOCE 1996 L 134/32, 5.6.96.

<sup>114</sup> *Op. cit.* (nota 111) Decisión de la Comisión en el Asunto Nordic Satellite Distribution, párrafo 164.

<sup>115</sup> Ver KÖNIG, Michael (1996): “*The Introduction of Digital Television in Europe: New Problems and Implications for Competition and Media Concentrations*”, Tesina del programa LL.M. en el Instituto Universitario Europeo en Florencia.

<sup>116</sup> *Op. cit.* (nota 110) Decisión de la Comisión en el asunto MSG Media Service, párrafo 92.

<sup>117</sup> *Op. cit.* (nota 111) Decisión de la Comisión en el asunto Nordic Satellite Distribution, párrafo 109.

dominio en los mercados de infraestructuras y servicios por cable, televisión de pago y telefonía vocal.

La *joint venture* entre RTL, empresa líder de televisión comercial, Veronica, empresa de televisión comercial, y Endemol, líder de producción de programas de televisión, con el fin de realizar y proveer programas de radio y televisión, fue prohibida por la Comisión. La concentración creaba una posición de dominio en el mercado de publicidad televisiva y reforzaba la posición de dominio de Endemol en el mercado de producción de programas de televisión. Posteriormente, la Comisión aprobó una *joint venture* entre RTL y Veronica, sin la participación de Endemol (desaparecía así el elemento vertical), y con otras modificaciones que evitaban la formación de una posición de dominio en el mercado de publicidad televisiva.

La Comisión ha aprobado, sin embargo, las alianzas concentrativas verticales dirigidas a crear operadores alternativos al antiguo monopolista nacional. En este sentido destaca el asunto Cable & Wireless/Nynex/Bell Canada<sup>118</sup>, dirigido a crear un grupo multimedia alternativo al dominio de BT en los mercados de telecomunicaciones, y BSkyB en el mercado de televisión de pago. La Comisión ha reafirmado esta posición en diferentes decisiones sobre alianzas en el mercado español dirigidas a crear nuevos operadores, como por ejemplo Cableuropa y Retevisión<sup>119</sup>.

#### IV. Intervenciones públicas anticompetitivas.

37. Las directivas liberalizadoras del sector de las telecomunicaciones declararon los monopolios públicos nacionales contrarios al Tratado de Roma. Las autoridades nacionales (bien legislativas, bien administrativas, incluyendo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), privadas de éste mecanismo, disponen de otros instrumentos a través de los cuales pueden introducir o perpetuar obstáculos a la libre competencia en el sector. Toda medida estatal que discrimine a determinados operadores frente a otros<sup>120</sup>, y también aquellas que impongan, favorezcan o refuercen un comportamiento empresarial contrario a las normas de la competencia<sup>121</sup>, serán contrarias bien al artículo 90.1 TCE, si benefician a empresas públicas o con derechos especiales, bien al efecto útil de los artículos 85 y 86 TCE, en el resto de supuestos. Del mismo modo, las ayudas públicas pueden ser declaradas ilegales, conforme al artículo 92 TCE.

38. Uno de los principales mecanismos de intervención en manos de las autoridades públicas es la concesión de autorizaciones y licencias de entrada en el mercado. La restricción de acceso al mercado consistente en la concesión de derechos especiales o exclusivos ya ha sido declarada contraria al Tratado. Futuras limitaciones de entrada también lo serán, a no ser que se fundamenten en la escasez de espectro radioeléctrico. La imposición de condiciones discriminatorias de entrada será igualmente contraria a la normativa comunitaria.

El título habilitante para el ingreso en el mercado de nuevos operadores puede imponer condiciones discriminatorias a los diferentes operadores. La Comisión ha sido clara al respecto en dos Decisiones concernientes al pago de fuertes sumas por los nuevos concesionarios de servicios móviles automáticos digitales en Italia y España. Las autoridades públicas nacionales impusieron a los nuevos concesionarios el pago de altas cantidades (85.000 millones de pesetas en el caso español), mientras que el operador dominante obtenía el título habilitante sin participar en el concurso y sin realizar pagos especiales al Estado. La Comisión, en sendas Decisiones, estableció que el pago era contrario al Tratado dado que “en virtud del apartado 1 del artículo 90, España debe abstenerse de adoptar aquellas medidas que, al aumentar los costes de acceso del único competidor de una empresa pública en un mercado recientemente abierto a la competencia [...] falseen substancialmente dicha competencia”<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> La concentración se produjo en dos fases, dando lugar, pues, a dos respuestas por parte de la Comisión: DOCE 1997 C 24, 24.1.97 y DOCE 1997 C 24, 24.1.97, ambas comentadas en el XXVI Informe sobre la política de la competencia, p. 175.

<sup>119</sup> Decisión de la Comisión de 19 de junio de 1997 en el asunto n° IV/M.939 Bank of America/General Electric/Cableuropa; Decisión de la Comisión de 20 de septiembre de 1997 en el asunto n° IV/M.927 STET/GET/Unión Fenosa.

<sup>120</sup> “Un sistema de competencia no falseada como el previsto en el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos”, en Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, en el Asunto C.202/88, Francia c Comisión, Rec. 1991, p. I-1223, párrafo 51.

<sup>121</sup> “Member States may not enact measures enabling private undertakings to escape from the constraints imposed by articles 85 to 94 of the Treaty”, en Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977, Asunto 13/77, Inno c Attab, 1977 Rec. p. 2115.

<sup>122</sup> Decisión de la Comisión 97/181/CE, de 18 de diciembre de 1996, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en España, DOCE 1997 L 76/19, 18.3.97, p. 21; Decisión de la Comisión 95/489/CE, de 4 de octubre de 1995, relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en Italia, DOCE 1995 L 280/49, 22.12.95.

La concesión de una autorización o licencia podría ser contraria a las normas de la competencia en los supuestos en que dicha concesión reforzase una posición de dominio. Esto es especialmente relevante en los supuestos de restricción de licencias por escasez de recursos<sup>123</sup>. Con el objetivo de impedir que los Estados miembros utilicen la concesión de autorizaciones para perpetuar las situaciones de privilegio de determinados operadores, fue aprobada la Directiva 97/13/CE relativa a autorizaciones en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones<sup>124</sup>.

La citada Directiva impone a los Estados miembros limitaciones en la elección de procedimiento de otorgamiento, en la imposición de cánones y gravámenes, en la restricción del número de autorizaciones y, a través de una lista cerrada, en las condiciones imponibles a través de las autorizaciones. Por todo esto, la Directiva aparece como un nuevo mecanismo de control de las actividades de los Estados miembros. Las autoridades comunitarias adelantan la barrera de control, y definen *ex ante* las condiciones compatibles con el Tratado, excluyendo todas las demás. Un rasgo fundamental de la Directiva es su aplicación retroactiva, a partir del 1 de enero de 1999.

39. Las autoridades nacionales mantendrán la posibilidad de determinar tarifas fijas, máximas o mínimas. Existe la posibilidad de que las autoridades públicas, al determinar precios, refuercen comportamientos contrarios a las normas de la competencia (precios predatorios, por ejemplo), o directamente los impongan, en beneficio de algunos de los operadores. La participación pública en la fijación de los precios no supone una presunción de legalidad<sup>125</sup>. La decisión de la autoridad nacional puede ser contraria a las normas comunitarias, y en concreto al efecto útil de los artículos 86 y 85, de acuerdo con la posición establecida por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia, en diversos asuntos<sup>126</sup>.

40. Otro instrumento de intervención es la concesión de ayudas públicas. El artículo 92 TCE declara ilegales las ayudas económicas provenientes de fondos públicos que amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas. El sector de las telecomunicaciones no ha sido tradicionalmente receptor de ayudas públicas, sino, más bien al contrario, una fuente de ingresos para los Estados. Se ha observado recientemente, sin embargo, que ciertos Estados Miembros podrían estar utilizando fondos estructurales en beneficio del operador dominante.

Los mecanismos de servicio universal, con las transferencias de capital entre los actores del mercado (ya sea a través de un fondo de servicio universal, ya sea a través de transferencias directas entre las empresas mediante extras en los pagos por interconexión), pueden introducir distorsiones en el mercado. En primer lugar, la carga del servicio universal debe estar distribuida equilibradamente entre los operadores, en función de su cuota de mercado. En segundo lugar, la determinación del operador que efectivamente preste el servicio debe ser transparente y no discriminatoria. La asignación automática de la prestación del servicio universal, al antiguo monopolista, por poner un ejemplo, supondría asegurarle una cuota de mercado financiada por los competidores.

## V. Límites del derecho de la competencia.

41. El tratamiento de las posiciones de dominio por parte de la normativa comunitaria depende del modo de consecución de la misma. Así el artículo 86 TCE acepta la estructura del mercado limitándose a imponer obligaciones especiales a las empresas que, gracias a su eficiencia, han alcanzado tal posición de privilegio. El Tratado opta por no “castigar” la eficiencia de las empresas más competitivas. Por su parte la normativa de control de concentraciones opta por una estrategia de control estructural del mercado, impidiendo la creación de posiciones de dominio que dificulten el “mantenimiento y desarrollo de la competencia efectiva en el mercado común”<sup>127</sup>. En estos casos, se opta por impedir la creación de posiciones de dominio “artificiales”, fruto no de la competitividad de las empresas sino de acuerdos entre ellas.

En el sector que nos ocupa, la posición de dominio de los operadores tradicionales no es fruto de su competitividad en el mercado, ni tampoco de fusiones o adquisiciones en el mismo. La posición dominante procede de la concesión de derechos exclusivos por las autoridades públicas, concesión declarada contraria al Tratado. Las normas

<sup>123</sup> Ver *op. cit.* (nota 18) TEMPLE LANG (1997 II), p. 13.

<sup>124</sup> Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, DOCE 1997 L 117/15.

<sup>125</sup> “The Commission, acting as a competition authority, is never bound by the decision of a national regulatory authority, and can always act if it considers that a national authority has left a competition problem unresolved”, ver *op. cit.* (nota 18) TEMPLE LANG (1997 II), p. 6.

<sup>126</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia en el Asunto 13/77, *Inno c. Attab*, 1977 Rec. p. 2115; Asunto 229/83, *Leclerc c. Au Ble Vert*, 1985 Rec. p. 1; y Asunto 66/86, *Ahmed Saeed c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewebs*, 1989-I Rec. p. 654.

<sup>127</sup> Artículo 2.1 del Reglamento 4064/89, de control de concentraciones.

comunitarias, sin embargo, no permiten una intervención estructural encaminada a poner fin a una posición dominante que puede ser calificada de ilegítima. Los antiguos monopolistas reciben, pues, el mismo trato que las empresas competitivas que adquieren la posición dominante gracias a su buen hacer en el mercado.

El derecho de la competencia es un instrumento útil para evitar conductas colusorias y abusos del monopolista, entre ellos el reforzamiento de su posición dominante, pero su eficacia es limitada cuando el objetivo es fomentar activamente el desarrollo veloz de competencia efectiva en el sector. Así pues, el éxito de la liberalización depende de la firme aplicación del derecho de la competencia, pero éste debe ser complementado<sup>128</sup>.

42. Para el periodo transitorio hasta la consecución de competencia efectiva en el sector, se ha considerado necesaria la adopción de una legislación específica, en ciertos aspectos asimétrica, que favorezca la entrada de nuevas empresas y su posición frente a los antiguos monopolistas. Fruto de esta necesidad es la aprobación de legislación comunitaria y nacional en lo relativo a las autorizaciones y licencias para operar en el mercado, la interconexión<sup>129</sup>, y la numeración<sup>130</sup>. Esta legislación supone un avance de la línea de intervención pública. La intervención *es post* propia del derecho de la competencia es complementada con una intervención *ex ante*, a menudo paralela a las normas de defensa de la competencia. La regulación de precios se relaciona así con las figuras de los precios predatorios y los abusos de explotación, la regulación de la interconexión avanza las grandes líneas de las figuras de la negativa de suministro y las *essential facilities* y las normas relativas a numeración y selección del operador responden al principio de igualdad entre operadores. La regulación no substituye al derecho de la competencia, que permanece en vigor como red de seguridad para aquellos casos en los que la regulación fall, bien por sus lagunas, bien por la incorrecta aplicación por parte de la autoridades públicas. Por otra parte, la regulación sectorial tiene una

---

<sup>128</sup> La Comisión, en su Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco, mercados afectados y principios, DOCE 1997 C 76/9, 11.3.97, reconoce que "las normas comunitarias de la competencia no bastan para resolver los diversos problemas que se plantean en el sector de las telecomunicaciones", p. 12.

<sup>129</sup> Orden de 18 de marzo de 1997, por la que se determinan las tarifas y condiciones de interconexión a la red adscrita al servicio público de telefonía básica que explota el operador dominante para la prestación del servicio final de telefonía básica y el servicio soporte del mismo, BOE 27.3.97.

<sup>130</sup> Orden de 18 de julio de 1997, por la que se establecen los procedimientos y condiciones para la selección y preasignación de operador en las llamadas de larga distancia, BOE 21.7.97 y Orden de 4 de agosto de 1997, por la que se regula la conservación del número de los abonados al servicio telefónico básico, en caso de cambio de operador, BOE 22.8.97.



naturaleza transitoria y debe ser paulatinamente eliminada para dar paso a la mera aplicación de las normas de defensa de la competencia<sup>131</sup>.

43. El mecanismo de control fundamental en el periodo transitorio son las comisiones reguladoras independientes. Una de las principales funciones de dichas comisiones es controlar el proceso de desarrollo de la competencia, a través de ordenes dirigidas a empresas específica si es necesario. Con este espíritu se creó la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones<sup>132</sup> española. La comisión reguladora española no aplicará la normativa de defensa de la competencia, ni la nacional ni la comunitaria, limitándose a colaborar con el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia. No obstante, la CMT puede alcanzar los mismos resultados utilizando otros mecanismos, a menudo más efectivos.

---

<sup>131</sup> “As regulated markets become more competitive [...] it will be necessary progressively to relax regulatory rules, and the importance of antitrust law will increase”, *op. cit.* (nota 1) TEMPLE LANG (1997 I), p. 7.

<sup>132</sup> La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones fue creada por el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones, BOE 8.6.96, siendo su Reglamento aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, BOE 15.9.96.

## UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN.

Ignacio De León.<sup>1</sup>

### SUMARIO

*Este ensayo explora de qué manera las políticas antimonopolios pudieran encontrarse reñidas con la búsqueda de eficiencias corporativas en América Latina. Las regulaciones antimonopolios suponen la formulación de un paradigma estructural de los mercados y la competencia que desvirtúa el ambiente empresarial cambiante donde le toca actuar a las empresas. Bajo la perspectiva convencional, las políticas de competencia deberían intentar alcanzar un punto óptimo de eficiencia social que la mayoría de los casos es interpretado como alcanzar el “equilibrio” del sistema económico. De esta manera, se deja de lado el factor evolutivo del tiempo y la incertidumbre sobre el futuro, los cuales son esenciales para comprender de qué manera las firmas se comportan en el mundo real, más allá de lo que cabe deducir en modelos de mercado. Bajo un enfoque alternativo, cabría concluir en que los empresarios celebran restricciones para facilitar sus transacciones, asegurar sus inversiones en el largo plazo y reforzar sus expectativas recíprocas. Sin embargo, las políticas antimonopolios consideran inevitablemente estos arreglos como estrategias dirigidas a imponer de mala fe condiciones monopolísticas, y explotar “fallas de mercado”. Este ensayo intenta esbozar el problema conceptual de esta visión paradigmática de los problemas sociales, y a la vez, intenta delinear una visión institucional alternativa, la cual permitiría apreciar los problemas de competencia en un contexto de largo plazo. Para ello, aboga por una política de promoción a la competencia que refuerce, antes que destruya, las expectativas de las empresas en los mercados, lo que en los países en vías de desarrollo es particularmente importante, dada la incertidumbre que generalmente caracteriza sus instituciones. En particular, se hace énfasis en la necesidad de reforzar los derechos de propiedad y la desregulación, como formas de intervención pública para la promoción a la competencia.*

### I.- INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA.

Entre los hacedores de políticas públicas es moneda corriente afirmar que la dinámica de los procesos sociales en países en vías de desarrollo asume un carácter especial enraizado en las características estructurales de estos países, que la diferencia de la dinámica social prevaleciente en países desarrollados. Así, instituciones sociales como los mercados, se explican como subproducto de esas particularidades estructurales que caracteriza la interacción social en uno y otro grupo de países. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, la naciente y alta concentración de los mercados de los países en vías de desarrollo explicaría la débil competencia que prevalece en ellos. Esta perspectiva explicaría la creciente popularidad de las políticas antimonopolios en América Latina a partir de la “apertura económica” iniciada en la región desde los ochenta.

De esta manera, las políticas antimonopolios son percibidas como promotoras de la competencia, en la medida que este fenómeno es asociado con la concentración de los mercados. Lógicamente, en países como los de América Latina, visualizar la competencia de esta manera conduce inmediatamente a suponer que la alta concentración que caracteriza las economías de dicha región hace necesario y aún inevitable la introducción de tales políticas.

La creciente popularidad de las políticas antimonopolios como instrumentos de política pública para la regulación de los mercados, constituye un fenómeno significativo que testimonia el cambio de actitud sobre la relevancia dada al

<sup>1</sup> Superintendente. Superintendencia para la Promoción y Protección de la Competencia de Venezuela (“Pro-Competencia”).

mercado como instrumento central del desarrollo económico en la región.<sup>2</sup>

Pero, más allá de las buenas intenciones y las declaraciones en favor del mercado, es preciso preguntarse hasta donde las políticas antimonopolios constituyen realmente un cambio de mentalidad en la elaboración de políticas públicas en favor del mercado. En efecto, ¿Podiera acaso afirmarse que ellas, lejos de contribuir con la promoción de los mercados, constituyen más bien un sutil replanteamiento institucional que preserva lo esencial del paradigma de intervención prevalente en el pasado, si bien bajo una nueva identidad formal?

Una afirmación semejante, que seguramente sonará herética entre algunos espíritus y hacer sacudir cabezas en señal de duda o evidente desazón, merece a pesar de todo ser considerada en toda su dimensión entre hacedores de políticas públicas en Latinoamérica; ello, por varias razones:

En primer lugar, porque la experiencia reguladora anterior a la apertura de los mercados ha impedido una mejor comprensión de los mecanismos inherentes a su funcionamiento. La eventual omnipresencia de la planificación estatal en los más variados sectores ha dominado el interés de la academia por estudiar los modos de intervención pública y los procesos de decisión centralizada adoptados por la autoridad; pero como contrapartida, es probable que ello haya sacrificado el interés por explicar a fondo la dinámica decisional de sistemas descentralizados como el mercado. La literatura económica y jurídica dominante en la región explica por qué el Estado interviene y de qué manera se materializa su intervención. Rara vez se examina la lógica del intercambio en sí mismo y el surgimiento de instituciones que preservan ese intercambio.

En segundo lugar, porque la visión positivista prevaleciente entre abogados y economistas ha llevado la discusión de los fenómenos sociales a un terreno de explicaciones formales y fragmentadas, donde la planificación y el mercado son percibidos como categorías distintas y hasta antagónicas de organización industrial, cuando en realidad se trata de realidades que se complementan y yuxtaponen en el quehacer de los empresarios. De esta manera, hablar de los mercados y de los mecanismos que lo hacen efectivos, parecería plantear el falso dilema de tener que escoger entre mercado o Estado, cuando se trata de realidades complementarias.

En tercer lugar, porque las raíces intelectuales de las políticas antimonopolios se basan en una visión teórica de los mercados cada vez más cuestionada por la academia en los países desarrollados, y ello requiere consideración por parte de quienes son hacedores de políticas públicas en Latinoamérica.

Finalmente, porque la acelerada transición experimentada en los países latinoamericanos, merced a la apertura económica, debería verse reforzada por instituciones afines de apoyo, y ese es el papel de promoción a la competencia que debería estar presente en todo momento. Para ello se requiere una comprensión cabal del fenómeno de la competencia.

La pregunta de este ensayo es, entonces, si es lógico esperar que las políticas antimonopolios contribuyan a la promoción de la competencia, o si por el contrario, su lógica es análoga a la que inspiró en el pasado la aplicación de políticas intervencionistas de “interés público” que inhibieron la competencia e iniciativa empresarial hasta la introducción de la reforma institucional iniciada por la “apertura”. La pregunta no es trivial, pues a la luz de la desregulación y liberación de los flujos de comercio, esta política es generalmente percibida como un instrumento que preserva la transparencia de los mercados de la manipulación empresarial, procurando la integridad en el ejercicio de los derechos económicos recién adquiridos, dentro de linderos predecibles y adecuados. (Khemani y Dutz, 1995)

En efecto, este ensayo intenta una explicación de la competencia más allá de la visión *estructural* y *estática* asociada con la competencia como fenómeno de mercado, predominante entre quienes defienden las políticas antimonopolios. Esta visión ha quedado reflejada en el conocido “Paradigma S-C-P” (Structure-Conduct-Performance), que plantea

---

<sup>2</sup> Ello exige como punto preliminar, definir qué ha de entenderse por política antimonopolios, a la luz del presente ensayo. Siguiendo la definición de la mayoría de países de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) la política antimonopolios comprende el cuerpo de leyes y reglamentos que regulan las prácticas comerciales (acuerdos horizontales o verticales entre empresas, los abusos de posición dominante, la monopolización, las fusiones y las adquisiciones) (Rowat, 1995)

una relación entre el comportamiento de las empresas con la estructura más o menos concentrada de los mercados. Mientras más concentrados, en principio, cabe esperar que las prácticas restrictivas de la rivalidad en ellos sea la expresión de una intención monopolística por extraer rentas de un consumidor inerme.

Que esta explicación estructural de la competencia es infundada y cada vez menos convincente dada la evidencia empírica que relaciona la concentración con otras explicaciones distintas de la búsqueda de ganancias monopólicas (tales como la realización de eficiencias económicas superiores) parece que ya nadie lo duda. La explicación inicial dada por Joe Bain (Bain, 1956) según la cual la causalidad entre estructura y conducta es unidireccional fue reemplazada posteriormente por visiones más “dinámicas” del problema, las cuales consideraban la concentración como resultado de estrategias corporativas (Caves y Porter, 1977: 241-262) sin otra finalidad que la generación de eficiencias económicas. (Demsetz, 1982: 386-393) Incluso, bajo la teoría de los “mercados contestables”, lo esencial no es tanto la concentración como la existencia de barreras al ingreso o salida. (Baumol, Panzar y Willig, 1982)

El nuevo marco teórico ha permitido reconsiderar algunos aspectos esenciales de la política antimonopolios, siendo que la consideración de múltiples conductas restrictivas de la rivalidad, otrora consideradas *per se* monopolísticas, hoy día son permitidas, si bien bajo una regla de la razón que examina los beneficios sociales que son capaces de aportar. Cada vez menos existe consenso en condenar un tipo de estructura determinada de mercado, sobre la base de atribuirle unos efectos restrictivos de la competencia presumidos.

Pero más allá, se presenta la pregunta de si la simple explicación empírica constituye un dato válido para juzgar la viabilidad o inviabilidad de la política antimonopolios, o si acaso no existe una contradicción más interna y fundamental en la visión misma del paradigma en el cual se asienta la idea misma de políticas correctivas del mercado, que es hacia donde en última instancia apuntan estas políticas.

Este ensayo propone que la visión estructural de la competencia adolece de severas limitaciones para servir de base a la regulación eficaz de los mercados, pues al distorsionar la imagen de los mercados, por emplear un lente teórico inadecuado para dicho examen, conduce a conclusiones normativas insostenibles acerca de prácticas y estructuras corporativas cuyo propósito puede ser justificado en razones muy distintas de la supuesta intención monopolística.

En este orden de ideas, este ensayo intenta establecer de qué manera las políticas antimonopolios en América Latina parten de un paradigma de entendimiento del fenómeno de la competencia que visualiza a éste como un fenómeno esencialmente estructural. Esta forma de entender la dinámica de los mercados conduce a las agencias regulatorias a emplear las políticas antimonopolios, no como mecanismos de fomento de los mercados y la competencia, sino como un reemplazo institucional de las formas de intervención estatal practicadas *antes* de la “apertura económica”. Para ello, este ensayo identifica algunas críticas teóricas sobre las premisas estructurales bajo las cuales se asienta el análisis, que permiten ilustrar en qué sentido las políticas antimonopolios pueden restringir el funcionamiento de los mercados, y de qué manera pueden obstaculizar el fenómeno de la competencia que dicen promover. Igualmente, se perfila una línea de acción de políticas públicas para la promoción de la competencia, que permita resolver las críticas formuladas sobre el paradigma estructural.

## II.- SURGIMIENTO DEL PARADIGMA ESTRUCTURAL EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA REGULACION DE LOS MERCADOS.

El desarrollo de la regulación antimonopolios en América Latina está asociada con la visión positivista en el estudio de los procesos de mercado. Si bien en el campo de la filosofía de la ciencia, el positivismo científico ha perdido ya mucho de su anterior ascendiente como método de investigación científica, no es menos cierto que el empiricismo que ha inspirado en el estudio de los fenómenos sociales es aún dominante entre los científicos sociales, particularmente en aquellos que han inspirado de una u otra manera las políticas públicas en América Latina, antes y después del advenimiento de la reforma institucional de los ochenta.

Este es un dato crucial, pues por tal motivo, puede afirmarse que el paradigma de acercamiento a la comprensión de las instituciones sociales (entre ellas, el mercado), ha sido en esencia, el mismo. De esta manera, no cabía esperar que la formulación de políticas públicas fuese muy distinta después de iniciada la reforma, si bien es indudable que ha ido calando el reconocimiento de que los mercados suelen asignar los recursos sociales de manera más eficiente

que la planificación impuesta desde el Estado. Pero, ¿Hasta donde este reconocimiento ha cambiado la forma de entender la regulación de mercados?

La visión positivista comprometió la perspectiva de juristas y economistas en el tratamiento de los mercados y la competencia, bajo lo que bien podría calificarse de un “paradigma” en el sentido atribuido por Thomas Kuhn (Kuhn, 1970). Esto fue reconocido desde temprano por F. A. Hayek, en las siguientes palabras: “Me parece que muchas de las controversias actuales sobre teoría económica y política pública tienen en común un malentendido sobre la naturaleza del problema económico de la sociedad. A su vez, este malentendido se debe a una aplicación errada sobre los fenómenos sociales de los hábitos de pensamiento que hemos desarrollado en el análisis de los fenómenos de la naturaleza.” (Hayek, 1948: 78). El empiricismo como instrumento de análisis económico fue un factor decisivo del cambio de percepción sobre los fenómenos sociales, que había predominado hasta entonces entre los economistas clásicos, y lógicamente, alteró las conclusiones sobre la dirección que habrían de tener las políticas públicas desde entonces. Veamos.

En esencia, los economistas clásicos habían intentado explicar las “leyes de la naturaleza” mediante la formulación de conceptos metafísicos que pudieran dar una explicación última a la manera cómo se producen los fenómenos sociales. Para ello, centraron su análisis en el proceso por el cual las firmas descubren las preferencias de los consumidores y los mecanismos de reducción de costos más eficaces para satisfacer esas preferencias. Su método no consistía entonces en escoger datos empíricos que pudieran verificar o falsear una hipótesis o teoría sobre el acaecimiento de un fenómeno, que pudiera, a su vez, anticipar predecir el futuro en “leyes” de comportamiento social. Para comenzar, su interés no estaba en predecir eventos futuros, sino en explicar comportamientos pasados. Por ello, su método se basaba más bien en la formulación de premisas apriorísticas, como se indicó, respaldadas en conceptos metafísicos. Por ejemplo, la afirmación de derechos de propiedad basados en la idea de un derecho natural que los justificaba, servía de base a la formulación de explicaciones sobre la manera en que la competencia entre empresas habría de producirse, en una contienda en que “las firmas aprendían que producir y cómo hacerlo.” (Machovec, 1995: 16)

Como se dijo, estas ideas sobre el análisis de los fenómenos sociales cambió con el advenimiento del positivismo en la filosofía de la ciencia, hacia finales del siglo XIX. A partir de entonces, los científicos sociales examinaron los problemas sociales bajo la formulación de teorías sujetas a verificación empírica. Al hacerlo de esa manera, implícitamente reconocían una suerte de analogía entre las ciencias naturales y las ciencias sociales, lo que permitía a las segundas explorar la existencia de regularidades o patrones de comportamiento supuestamente existente en el comportamiento de los individuos en sociedad. A través de esos patrones, los científicos sociales podrían entonces formular “leyes sociales” que pudieran predecir eventos sociales futuros, y de esa manera, corregir aquellas tendencias indeseables.

Contra esta idea, Mises posteriormente indicaría que el comportamiento económico no puede ser asimilado a los fenómenos de la naturaleza. Ciertamente, los eventos físicos y de la naturaleza están sujetos a “leyes”, dado que su comportamiento está dado por patrones de comportamiento o regularidades fácilmente predecibles mediante la observación empírica. En consecuencia, los eventos pasados permiten de alguna manera predecir los futuros. Sin embargo, en la economía las cosas son diferentes, pues la economía trata sobre las percepciones que podemos construir sobre el comportamiento de los individuos, y los individuos hacen depender su comportamiento de acuerdo con finalidades o propósitos personales que no pueden ser predecidos. (Mises, 1962). En este mismo sentido, y de manera más extensa, Lachmann argumentaría más tarde: “¿Cómo puede un sistema de lógica pura, tal como el de la lógica de la escogencia (que caracteriza las decisiones de los individuos en el mercado), proveer conocimiento fáctico? La respuesta sigue la esencia de mi planteamiento: La distinción entre conocimiento lógico y conocimiento fáctico se justifica en el campo de la naturaleza, donde no existe un concepto cuyo significado nos sea directamente accesible, y donde por tanto, donde debe ponerse cuidado constante en distinguir por una parte nuestros conceptos sobre la realidad, y por otra parte, la realidad misma. En el campo de la acción humana ello es diferente. Aquí, una distinción como esa parece injustificada. Por una parte, somos incapaces de verificar o falsear nuestros patrones de pensamiento a través de hipótesis que predican eventos concretos. Los tests científicos no nos son útiles pues ellos requieren de una completa claridad sobre aquella “posición inicial” concreta en la cual el test desplegará su análisis. Cada acción humana, sin embargo, depende del estado y nivel del conocimiento de los actores en juego. Una verificación mediante test, por tanto, requeriría una descripción exhaustiva del estado del conocimiento de todos los

actores, así de cómo está repartido entre ellos --una imposibilidad evidente. De lo contrario, (...), la posición inicial no estará exactamente definida, y se hace (por tanto) imposible cualquier verificación mediante test. En economía esto significa que cada transacción concreta depende, entre otras cosas, de las expectativas de los participantes. Para sujetar una teoría económica a un test *in concreto*, debemos, entonces, ser capaces, al momento actual en que se formula la teoría, de predecir las expectativas de los agentes en el momento (futuro) de realizar la verificación mediante test.” (Lachmann, 1977: 57-58)

Con todo, y no obstante las fuertes críticas que como ésta se formularían más tarde en su contra, el positivismo había ganado la partida al despuntar el presente siglo, influenciando con ello la ciencia económica, la ciencia jurídica y otras ciencias sociales. En particular, los economistas asumieron cada vez más que la verificación empírica podía de alguna manera dotar de “objetividad” la apreciación sobre la actividad económica.

Así, basado en estas premisas, la teoría económica evolucionó hacia un conjunto de “modelos” explicativos en términos positivos de cómo funcionan los mercados. El cuadro esbozado por la naciente escuela neoclásica de la economía intentaba delinear regularidades y mediciones cuantitativas de los fenómenos sociales. Para hacer asequible este análisis, se impuso la necesidad de visualizar la existencia de un “equilibrio” bajo el cual habrían de examinarse los procesos económicos. Mediante esta herramienta heurística era posible entonces apreciar los fenómenos de mercado, estableciendo cuán lejos o cuán cerca las situaciones de mercado habrían de estar de este “equilibrio” ideal.

Bajo la teoría neoclásica de los mercados, entonces, los procesos económicos eran representados como una combinación de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya interacción llevaría a un estado de reposo o “equilibrio estático”. Este equilibrio podría ser alterado únicamente a través de un shock externo tal como un cambio en las circunstancias, que iniciase en el sistema un proceso de interacción entre las diversas fuerzas, hasta encontrar un nuevo estado de reposo, y así sucesivamente. Nótese que lo determinante en el análisis propuesto es no tanto el proceso de cambio en sí como la determinación inicial y final de los estados de reposo, que son los que dan la precisión cuantitativa al análisis. El cambio en sí mismo era dejado de lado en el análisis.

El equilibrio requería que los agentes en el mercado tuvieran conocimiento pleno de las circunstancias que pudieran afectarlo (“información perfecta”). Incluso, en estados no equilibrados, el paradigma asumía que el observador podría conocer aquel nivel de información faltante para alcanzar el equilibrio en el sistema (“asimetrías de información”). De no asumirse que los individuos tenían a su alcance toda la información necesaria, era imposible formular modelos de equilibrio general o parcial estables, pues siempre estaba presente la posibilidad de que alguien en el sistema descubriera la existencia de “vacíos” de conocimiento que estimularan su interés por aprovechar la oportunidad, haciendo caer todo el sistema en desequilibrio. Y el desequilibrio, como se verá más adelante, era percibido como un defecto de los mercados; como una “falla”.

Desde luego, la suposición del conocimiento o información perfecta en cada agente económico era resuelta en la mente del observador externo, quien veía el sistema como quien estudia un fichero de ajedrez, donde las diversas posiciones para alcanzar sucesivos equilibrios podían ser conocidas anticipadamente, o cuando menos, era posible conocer por medio del cálculo matemático. Dicho de otro modo, asumir que los individuos en el sistema poseen información perfecta era en realidad un ejercicio mental de omnisciencia de parte del observador externo.

De otra parte, otra consideración necesaria en torno al equilibrio estático es que bajo tal estado los recursos sociales son asignados de la manera más eficiente entre los agentes económicos, de acuerdo con su valoración más elevada. (Stiglitz, 1994: 418-424). Desde luego, para identificar hacer efectivo esa valoración social óptima se requiere también de conocimiento omnisciente sobre las condiciones presentes y futuras determinantes de las capacidades técnicas de la industria particular examinada, información completa sobre las estrategias de los rivales actuales y potenciales, así como de las preferencias actuales y futuras de los consumidores. Además, esa valoración óptima o “eficiencia social” precisa homogeneizar en una medida única (utilidad) las diversas preferencias y aspiraciones de los agentes acerca de la utilización de esos recursos sociales, para lo cual se impone la necesidad de valorar la realidad de acuerdo con fórmulas que suponen valoraciones interpersonales de utilidad individual. De modo que estamos en presencia de una medida hecha de acuerdo con los intereses y preferencias de quien efectúa la medición, dejando de lado la opinión de quienes en definitiva son los que participan en las transacciones de mercado.

Por otra parte, el equilibrio sólo es posible dentro de estructuras de mercado donde la competencia sea tan “perfecta” (o cuando menos, “efectiva”) que las firmas individualmente son incapaces de manipular las condiciones de mercado en su propio provecho, teniéndose que conformar con adoptar el precio que les determinen los demás por vía de presión competitiva. Esto era posible en mercados desconcentrados, donde las firmas no pudiesen ejercitar individual o colectivamente, un poder de mercado manipulador de las condiciones prevalente, particularmente, de los precios. El caso opuesto, el de monopolio puro, dibujaba la situación de una empresa que gozaba de entera libertad para aplicar condiciones monopolísticas. De esta manera, los estados de desequilibrio fueron cada vez más percibidos como “imperfectos” o constitutivos de “fallas de mercado”.

La idea de que los mercados, si poseían la estructura “adecuada”, podrían alcanzar un “óptimo social” tuvo sin duda alguna un profundo efecto entre los hacedores de políticas públicas, quienes asumieron indirectamente la idea de que mientras más cercanas estuviesen las estructuras de mercado al estado “óptimo” de desconcentración, era más posible que pudiera emerger la competencia.

Basados en estas premisas teóricas, los economistas neoclásicos desarrollaron más tarde razonamientos complejos dirigidos a explicar de qué manera las firmas en mercados concentrados eran propensas a restringir la competencia y de generar condiciones monopolísticas. Con el tiempo, los modelos límites de “competencia perfecta” y “monopolio puro” fueron refinados en modelos que intentaban aprehender toda la variedad de situaciones intermedias posibles de competencia “imperfecta” (Robinson) o “monopolística” (Chamberlin). (Ekelund y Hébert, 1992: 485-486) Guiados sin duda por lo que pudiera calificarse de “error intelectual” acerca de la esencia y propósito de sus modelos idealizados de situaciones de equilibrio, referidas a estructuras de mercado más o menos concentradas, los académicos neoclásicos asumieron que la realidad habría de encontrarse entre los dos modelos extremos de “competencia perfecta” y “monopolio puro”. Las desviaciones de la competencia “perfecta” requería intervención correctiva de la autoridad.

Fue gracias a la aplicación práctica de políticas públicas “correctivas”, propiciada por esta visión estructural de los mercados, que estas ideas ganaron respetabilidad científica. De hecho, la perspectiva estructural *invitaba* la intervención del colectivo a cada paso. Así, desde entonces, la regulación correctiva sería considerada necesaria para controlar toda suerte de prácticas monopolísticas capaces de ser adoptadas por inextruculosas firmas dominantes en el mercado. Dicha posición dominante habría de existir en donde los mercados presentasen barreras al ingreso de nuevos competidores. En consecuencia, la concentración de mercados fue juzgada esencial para establecer el grado de competencia existente en ellos: Mientras más concentrados, los mercados habrían de ser considerados más competitivos.

En resumen, este paradigma, surgido de la influencia ejercida por el positivismo científico en la teoría económica, creó un cuadro positivo y normativo de las transacciones económicas, donde la clave esencial para establecer cuán competitivos podían llegar a ser los mercados, estaba dada por su estructura más o menos concentrada. En particular, esta perspectiva subrayaba la debilidad estructural de los mercados para producir riqueza social, debido a la existencia de “fallas” inherentes que les impedía alcanzar un óptimo social. Tales fallas inducían los mercados a caer en “desequilibrios”, en los cuales los recursos sociales habrían de ser asignados ineficientemente. Por esta razón, las políticas públicas habrían de regular la conducta de los participantes en el mercado, para asegurar que ninguno de ellos introdujera distorsiones o costos sociales en el sistema, con el propósito de beneficiarse a costa del bien común. Es fácil comprender como esta regulación correctiva fue percibida como de “interés público”. Igualmente, en la medida en que propiciaban situaciones de “desequilibrio” en el mercado, las restricciones introducidas por los agentes económicos a la rivalidad entre ellos, era inevitablemente vista como un alejamiento de los requisitos de desconcentración necesaria para configurar una situación de competencia perfecta, y por tanto, como iniciativas que producían una asignación ineficiente de los recursos sociales, presumiblemente en favor de monopolistas, “buscadores” inextruculosos de renta pública.

Como se indicó, este paradigma explicativo de la visión tenida en las relaciones de mercado, y de la intervención correctiva de la autoridad sobre supuestas “fallas”, vino a ser el dominante al tiempo en que se inició la reforma económica en América Latina, con la “apertura” de la región en la década de los ochenta.

### III.- LAS LIMITACIONES DE LA TEORÍA ANTIMONOPOLIOS.

Existen severas limitaciones a la visión estructural, que el paradigma neoclásico, influenciado por la perspectiva de “equilibrio”, no ha enfatizado adecuadamente. Cuando menos, puede decirse que no se ha producido un cuestionamiento a las implicaciones de políticas públicas, porque no se ha cuestionado el paradigma que lo sustenta. Estas limitaciones conceptuales han llevado durante décadas a pensar a los hacedores de políticas públicas, equivocadamente, que es posible alcanzar un estado “óptimo” de asignación en los recursos sociales a través de política antimonopolios correctiva de las *fallas* observadas en la estructura de los mercados, para propiciar una competencia “perfecta”, o cuando menos “efectiva”. La represión de prácticas restrictivas de la rivalidad, de exclusión de competidores, así como el control de concentraciones de mercado ha sido el corolario inmediato de hacer efectiva esta perspectiva en el terreno de las políticas públicas.

Esta sección examina los problemas conceptuales asociados con esta perspectiva, tanto en la descripción positiva equívoca que realiza de los fenómenos sociales, como en la debilidad de las implicaciones normativas que cabe esperar de dicho análisis. Finalmente, se pone de relieve de qué manera, y pese a todas las buenas intenciones y esfuerzos, este enfoque propicia más bien el surgimiento de una discrecionalidad administrativa carente de control efectivo a cargo de las agencias antimonopolios, lo que ha lesionado el funcionamiento de los mercados e inhibido la competencia empresarial, a través del debilitamiento de la regla de derecho y de la erosión efectiva de los derechos de propiedad.

#### 1) Limitaciones de los modelos neoclásicos para aprehender la esencia del fenómeno de la competencia.

Para comenzar, es preciso insistir en la naturaleza y propósito de los modelos de mercado propuestos bajo la visión estructural neoclásica que inspira todas las prohibiciones normativas de la política antimonopolios; vale decir, la prohibición de acuerdos de precios, de la monopolización de mercados, de restricciones verticales, de concentración de mercados, etc.

Este recordatorio es preciso, ya que la confusión reside en la imposibilidad última de distinguir normativamente la intencionalidad de los agentes al optar por restringir de alguna manera la rivalidad en el mercado. Esta intencionalidad *la deduce* el paradigma a partir de las inferencias hechas con base en los modelos explicativos de la realidad. Sin embargo, se olvida, o cuando menos, no se enfatiza suficientemente en que estos modelos son simples representaciones de la realidad, lo que de entrada pone en duda su viabilidad para *juzgar* la conducta de los empresarios en el mercado.

Podría afirmarse, con razón, que la representación ideal que los modelos de mercado realizan, *en sí misma* no limita la validez de las inferencias hechas sobre la conducta de las fuerzas del mercado. Nadie duda de la conveniencia del análisis positivo para explicar la interacción entre estas fuerzas, que a la postre define las relaciones de mercado. Pero el empleo de modelos ideales no puede dissociarse tanto de la realidad que la dibuje de manera caricaturesca, pues de lo contrario corre el riesgo de propiciar inferencias y establecer causalidades que nada tienen que ver con ella. Esto es exactamente lo que sucede con los modelos de competencia imperfecta o monopolística que inspira la teoría antimonopolios. Ellos definen una causalidad entre concentración de mercados y nivel de competencia (mejor expresada en el “Paradigma S-C-P”), basados en una idealización de la realidad que poco o nada tiene que ver con ésta. El origen del error conceptual reside en creer que tales modelos describen situaciones “más reales”, por dibujar situaciones de mercado intermedias entre los dos extremos de “competencia perfecta” y “monopolio puro”. Esto es falso, pues el “realismo” nada tiene que ver con tal condición intermedia, sino más bien con el hecho de que la realidad se parece más bien a una película filmada, donde las cosas cambian constantemente, mientras que el dibujo neoclásico siempre recrea una situación estática de los mercados, como quien toma una fotografía de ellos.

El punto es que los modelos neoclásicos eliminan toda consideración sobre el modo cómo se produce el cambio en la interacción de los mercados. Su preocupación central es por las situaciones de equilibrio, no por el cambio que conduce a alterar dichas situaciones. Es más, cualquier sentido de movimiento en un sistema tendente al equilibrio es implícitamente negado por la premisa misma de información perfecta, exigida por los modelos neoclásicos. En este sentido, Morgerstern demostró que, cuando el plan de un individuo es dependiente del plan de otro, el conocimiento



perfecto produciría una cadena infinita de reacciones y contra-reacciones en las conjeturas de cada quien. (Morgerstern, 1976: 250, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). Para ilustrar el punto, propuso como ejemplo la persecución entre Holmes y Moriarity. Según este autor, "Sherlock Holmes, perseguido por su oponente Moriarity, abandona Londres hacia Dover. El tren se detiene en una estación intermedia, y él resuelve apearse antes que continuar hacia Dover. Había visto a Moriarity en la estación Victoria de Londres, y conociendo la sagacidad de éste, esperaba que tomaría un tren más rápido para llegar antes que él a Dover. La sospecha de Holmes era, en efecto, correcta. Pero, ¿Qué tal si Moriarity, siendo aún más suspicaz de lo que suponía Holmes, había evaluado correctamente la capacidad de éste y había anticipado su acción? En tal caso, hubiera decidido ir directamente a la estación intermedia, a esperarlo. Entonces, Holmes, nuevamente, hubiera anticipado tal acción y hubiese decidido seguir hasta Dover, en lugar de bajarse del tren. Con lo cual Moriarity hubiese de nuevo "reaccionado" de manera diferente. Después de pensarlo mucho, es probable que no hubiesen podido actuar en absoluto, o que aquel intelectualmente inferior se hubiese rendido en la estación Victoria de Londres, ya que todo el viaje hubiese sido innecesario." (Morgerstern, 1976: 173-174, citado por O'Driscoll y Rizzo, 1985: 84). La moraleja del cuento es que la información perfecta de cada uno sobre los planes del otro hace que alcanzar el nuevo equilibrio sea imposible, ya que el movimiento (vale decir, la competencia) es por definición excluida del sistema.

Este ejemplo pone de relieve cuán lejos están los modelos intermedios entre competencia perfecta y monopolio puro, donde siempre se asume la información plena, pues en uno y otro caso, la información que se maneja es completa. En ambos, el observador asume que los actores del mercado conocen todas las alternativas actuales y potenciales capaces de influenciar su decisión de actuar en el mercado.

Es una falacia asumir que la realidad se verá mejor interpretada por modelos "intermedios" tales como los de competencia monopolística, y en consecuencia, que ellos pueden servir de guía en la regulación de los mercados. Claramente este no es el caso, pues la esencia de estos modelos asume dos condiciones ausentes de la realidad: Primero, que los individuos que interactúan en el mercado tienen información perfecta sobre los planes de los demás. Se asume, por tanto, que se trata de información cuya naturaleza es posible transmitir a una agencia central planificadora (o correctiva de fallas de mercado). Segundo, que las acciones de las empresas en los mercados ocurre instantáneamente; en otras palabras, que los modelos dibujan un "retrato" de los mercados en un momento único, abandonando todo el sentido de movimiento evolutivo que tienen los mercados en la realidad. El tratamiento del conocimiento o información y del tiempo constituyen el nudo central de la diferenciación que existe entre el paradigma estructural neoclásico, y el paradigma institucional subjetivista que se le opone.

Por una parte, el tipo de conocimiento que los individuos en los modelos de equilibrio se supone que poseen es diferente de aquel que se encuentra en la realidad. En ésta, el conocimiento está disperso, fraccionado en pedazos e interpretado subjetivamente por los distintos agentes según los planes de cada quien. Por el contrario, los modelos neoclásicos, como se dijo, asumen que el conocimiento es homogéneo, que puede ser interpretado por igual por todos, y que puede por tanto ser sistematizado y procesado por una agencia central. Cuando menos, asume que habiendo asimetrías de información entre los agentes, dicha agencia central (u observador externo) puede conocer su extensión, vale decir, la cantidad de información "faltante" entre los agentes (y esto, sin duda, es otra forma de omnisciencia) para hacer las correcciones pertinentes. Esta posibilidad se extiende no sólo al caso de información directamente percibida a través de los sentidos, sino también a la que cabe deducir de probabilidades objetivas, e incluso, las que puedan resultar de probabilidades Bayesianas.

En el enfoque subjetivista, en cambio, se asume que los individuos son ignorantes de la información relevante que necesitan para poder alcanzar sus objetivos y fines. La naturaleza de esa información es subjetiva, en el sentido de que será relevante para determinar sus acciones económicas (y por tanto, será relevante para la economía) en tanto y cuanto sea útil para alcanzar sus fines subjetivos particulares. Es también información incompleta, en el sentido de que nadie la posee por completo, sino que está dispersa a lo largo y ancho de todo el sistema. Bajo esta perspectiva, ningún individuo es capaz de aprehender la totalidad de la información relevante que precisa para actuar, porque tal información está sujeta a un constante cambio de acuerdo con las expectativas y acciones de otros individuos en el sistema, quienes también perciben la información de manera subjetiva. (O'Driscoll y Rizzo, 1985: 35-51, 71-91; Huerta de Soto, 1992: 41-86)

En relación con el análisis del fenómeno de la competencia, el diseño de modelos de equilibrio general o parcial

intermedios entre el monopolio puro y la competencia perfecta no los hacía menos estáticos, y en este sentido, incapaces de aprehender el dinamismo evolutivo y creador que la competencia supone. Incluso, los llamados modelos “dinámicos”, los cuales dibujan relaciones entre los agentes asociadas con comportamientos estratégicos derivados de asimetrías de información, no reflejan realmente el movimiento evolutivo e irreversible de los mercados, por lo que no pueden vencer el estatismo que vicia tales modelos, y por tanto los aleja del comportamiento de los agentes económicos en la realidad. Tal como lo expresa McNulty: “Que la competencia perfecta es un estado ideal, incapaz de realizarse, es tema familiar en la literatura económica. Que por varias razones pudiera ser menos que conveniente, incluso aún cuando fuera alcanzable es también ampliamente reconocido. Pero que la competencia perfecta es un estado ideal completamente reñido con la idea de cualquier competencia [en la realidad] no ha sido insuficientemente enfatizado. (agregado nuestro)” (McNulty, 1975: 65-66)

El fondo de la cuestión reside en que los defensores de las políticas antimonopolios dejan de lado en su análisis la importancia que juegan las expectativas subjetivas de los participantes en la definición de los mercados reales. Estas expectativas recogen, en tanto aproximaciones tentativas del futuro que son, elementos esenciales que permiten comprender integralmente el fenómeno de la competencia. En efecto, contrariamente a lo predicado por los modelos estructurales neoclásicos, la competencia no está asociada al conocimiento pleno o información perfecta de los agentes, quienes sólo de esta manera podrían realizar el proceso de toma de decisiones para asignar los recursos en un instante temporal determinado. Todo lo contrario, la competencia está determinada por la ignorancia inerradicable de los agentes, causada por el cambio constante de información acontecido durante el paso del tiempo. No hay tal cosa como la posibilidad exitosa de erigir una autoridad de promoción a la competencia, para que ésta calcule el grado de competencia que existe en mercados estáticos, basándose en la suposición de que le es posible conocer toda la información requerida para precisar la máxima de que los precios transados estén cercanos a los costos marginales, condición ésta indispensable en el análisis antimonopolios. Tales costos cambian en el tiempo, y en las distintas percepciones que los agentes van teniendo de ellos, en tanto suponen renunciadas a otros cursos de acción (“costos de oportunidad”). La competencia es precisamente el proceso en el cual los agentes intentan vencer su propia ignorancia acerca de las condiciones futuras que han de afectar sus inversiones actuales.

La suposición de omnisciencia en el observador del sistema social (o autoridad planificadora) conduce a otra consideración relacionada, vale decir, que el análisis en el fondo asume que la información recogida, relativa a situaciones pasadas de posesión de cuota de mercado, puede decir algo acerca de la conducta futura (presumiblemente monopolista) de los agentes en dicho mercado. Recuérdese en este punto el énfasis positivista por predecir el futuro, antes que explicar el pasado de los fenómenos sociales. Esta perspectiva está presente incluso en las versiones “menos deterministas” del Paradigma S-C-P, las cuales apuntan a causalidades más complejas que la simple relación unidireccional estructura-conducta propuesta por Bain en los cincuenta: Comportamientos estratégicos e incentivos perversos causados por asimetrías de información. En todos ellos, siempre predomina la idea de que de una forma u otra, aquellas firmas que poseen un dominio pasado del mercado dictarán los términos de las transacciones futuras en dicho mercado. Esto, no necesariamente corresponde con el problema que el propio empresario tiene ante sí cuando decide invertir o no. En palabras de Thomas Sowell: “Las leyes antimonopolios, como todas las formas de monitoreo sobre el mercado hecho por terceras personas depende, para su efectividad social, de la articulación de características objetivamente observables en retrospectiva, que pueden o no capturar el proceso de toma de decisiones como aparece prospectivamente para los agentes involucrados.” (Sowell, 1980: 203)

## 2.- La falacia de la agregación normativa de utilidades individuales.

La concepción errada sobre el uso de los modelos positivos de equilibrio, tales como el de competencia perfecta, monopolio puro, y derivados intermedios de competencia imperfecta, es aún más notoria en el intento por dotar tales modelos de propiedades normativas capaces de orientar la acción de políticas públicas. Por esta vía, los hacedores de políticas públicas simplemente asumen que sus acciones deberían reproducir, donde sea posible, estructuras de mercado ideales o cuando menos, aproximar los mercados reales al estandar óptimo de eficiencia social determinado en el modelo de “competencia perfecta”. Posteriormente, y debido a la imposibilidad evidente de reproducir las condiciones límite de tal modelo, algunos han abogado por alcanzar un estandar menos exigente, como lo es el de “competencia efectiva”. En uno y otro caso, tales propuestas se dirigen a establecer una asignación eficiente de los recursos sociales a lo largo y ancho de la sociedad.

Procediendo de esta manera, sin embargo, los promotores de la idea antimonopolios han dejado de lado la esencia real (y las limitaciones) de los modelos sobre los cuales asientan sus esperanzas de lograr alcanzar un mundo mejor a través de un norte normativo “óptimo”. Tal como sostiene Harold Demsetz, en políticas públicas carece de sentido comparar el desempeño de los mercados con un inalcanzable ideal de “Nirvana”. (Demsetz, 1969) Veinte años antes, Hayek ya había indicado en este mismo sentido: “El problema económico es un problema de hacer el mejor uso de los recursos que tenemos, y no uno relativo a que deberíamos hacer si la situación fuese diferente de lo que en realidad es. No tiene sentido debatir acerca del uso de los recursos *como si* (“as if”) existiese un mercado perfecto si esto significa que los recursos tendrían que ser distintos de lo que en realidad son; o en discutir acerca de lo que alguien dotado de conocimiento omnisciente (información perfecta) haría si nuestra tarea debe ser en realidad cómo lograr el mejor uso del conocimiento [escaso y fraccionado] que la gente de carne y hueso tiene. (...) En consecuencia, el argumento a favor de la competencia no descansa en la imaginación de las condiciones que existirían si ella fuera perfecta.” (agregado nuestro) (Hayek, 1948: 104). Ciertamente, tal ejercicio mental deja de lado los costos requeridos para alcanzar ese estado “óptimo”, lo que, de emplearse, le quitarían tal condición a esa posición imaginaria. (Kirzner, 1973: 231-234)

En conclusión, no es razonable esperar que los modelos estáticos puedan comprender toda la complejidad del mundo real, y mucho menos, que puedan dar pistas sobre consideraciones de carácter normativo acerca del mundo que examinan. Incluso, como el propio *positivista* Friedman señaló, es irrelevante que el análisis positivista de la economía se base en premisas que son irreales (vale decir, la información perfecta); lo que importa es que puedan propiciar predicciones adecuadas sobre cómo la realidad *se comportaría* si otros factores permanecieran constantes. Pues el propósito de los modelos positivos no es dibujar la realidad tal cual es, sino más bien, crear una herramienta que nos permita entender cómo lo individuos se comportarían *como si* (“as if”) ciertas fuerzas guiaran su acción. En otras palabras, ellos no son más que modelos, y por tanto, no se suponía que fuesen apreciados como medidas normativas para medir la realidad. (Friedman, 1953). En este sentido, Rizzo señala que la capacidad de predicción en un modelo de atar causalidades entre dos factores no puede ser traducido en una supuesta capacidad de predecir el mundo real, pues la suposición opuesta sólo recrea una realidad que no existe. (Rizzo, 1979: 3) La utilidad de los modelos dependerá por tanto del uso que les damos: “Que veamos el equilibrio en términos dinámicos, o adoptamos una visión estática más conservadora es en realidad cosa de conveniencia heurística y analítica. Ciertamente, la noción de equilibrio (...) es sólo una herramienta mental sin significación operacional alguna. Dependiendo del propósito a la mano, podemos usar cualquier (...) concepción.” (Rizzo, 1979: 9)

Por esta razón, las políticas públicas no deberían centrar su atención en comparar los mercados reales con un supuesto ideal, pero inalcanzable estado de cosas. En lugar de ello, y frente a la propuesta dominante neoclásica (“mainstream”) deberían más bien examinar y comparar los alternativos conjuntos de reglas e instituciones que mejoran o empeoran las condiciones en las cuales los empresarios se animan a competir. (Sowell, 1980: 203-205). En este sentido, el paradigma institucional representado en escuelas como la “Austriaca” de Economía (inaugurada por Menger en el siglo pasado y desarrollada en el presente por Mises, Hayek, Lachmann y Kirzner), la Subjetivista (G. Shackle), y la Post-Marshaliana (E. Pemrose, G. B. Richardson, P. Earl, N. Foss) han enfatizado la necesidad de enfocar la atención en los constreñimientos institucionales que determinan los intercambios de mercado, antes que en el intercambio mismo. Para esta perspectiva “institucional” es irrelevante juzgar como “eficiente” los resultados sociales resultantes del intercambio en los mercados; ciertamente, cualquier criterio normativo aplicado para juzgar la realidad bajo estas coordenadas habrá de ser por necesidad, arbitrario. En lugar de ello, el observador (autoridad) debería centrar su atención en la “eficiencia” *de los procesos* que determinan uno u otro resultado social. En esta segunda acepción, la eficiencia no se refiere a una fórmula específica para realizar comparaciones interpersonales de utilidad individual que permitan homogeneizar las preferencias individuales en la realización del gran cálculo social. Más bien, la eficiencia institucional depende de la capacidad con la que se permite a cada individuo alcanzar sus propios fines, de acuerdo con los planes individuales de cada quien en el mercado, de la manera más expedita y en armonía con los fines y planes de los demás. (Cordato, 1992)

Estas salvedades parecieran ser excesivamente notorias como para merecer recordatorio alguno; sin embargo, aquellos defensores de las políticas antimonopolios parecieran olvidarse de ellas a cada paso. Como Klein destaca: “Cuando se conduce un análisis antimonopolios, es crucial que los economistas no hagan lo que llamo ‘economía del pizarrón’. Esto es, que el economista no debe emplear modelos abstractos abiertamente divorciados de las condiciones del mundo real para derivar explicaciones económicas e implicaciones de políticas públicas. Mientras

que parecería obvia e innecesaria la advertencia de que los economistas deberían ‘ensuciarse las manos’ y conocer los hechos de las situaciones que están examinando, mucho del análisis económico, tanto en la ahora dominante ‘Escuela de Chicago’ como en las variedades de la ‘Nueva Economía Industrial’, frecuentemente están dissociadas de los eventos sometidos a investigación.” (Klein, 1990: 419)

### 3.- Contradicción entre las políticas antimonopolios y el Estado de Derecho: La ausencia de control judicial efectivo en la determinación de conductas legales e ilegales.

La perspectiva positivista no sólo influyó la percepción de los economistas acerca de los fenómenos sociales. También influyó la de otras disciplinas sociales, entre ellas, el Derecho. En particular, cambió el sentido que los juristas habían tenido acerca del rol de la legislación en un entorno social. Con el advenimiento de la nueva filosofía, las inferencias normativas deducidas de los modelos positivos de teoría económica reemplazaron las explicaciones anteriormente dadas por la ciencia del Derecho a la esencia de las normas jurídicas, las cuales estaban basadas en conceptos metafísicos tales como el “derecho natural”. A partir de entonces, las reglas jurídicas comenzaron a ser percibidas como la simple expresión de un poder soberano, representado en una fría “autoridad”; más como herramienta para alcanzar un fin “de interés público” predefinido por la teoría económica, que como la expresión de un sentido de “Justicia” compartido por la sociedad.

Por esta razón, no sorprende que la doctrina legal antimonopolios se asiente en las teorías e hipótesis de la ciencia - positivista- económica. Por ejemplo, doctrinas legales en el campo de marras, tales como la doctrina del paralelismo colusorio, de la exclusión automática o de los precios predatorios, están basadas en las premisas deducidas del pensamiento económico. (Bork, 1978: 134-160)

La política antimonopolios erosiona la regla de derecho porque concede a las autoridades administrativas el poder de aplicar sus propios principios éticos de política social en una forma que no admite control por terceros. En particular, les permite aplicar responsabilidades legales sobre la base de simples predicciones esperadas (teorías económicas); y no, según sean las intenciones reales monopolizadoras de las firmas investigadas.

Desde la perspectiva de teoría jurídica, los partidarios de las políticas antimonopolios sostienen que la legislación en esta materia es necesaria para asegurar el efectivo ejercicio de los derechos económicos, que de otra manera pudiera ser comprometido por conductas anticompetitivas. Como hemos visto, la definición de conductas anticompetitivas tiene, en la tradición neoclásica de las políticas antimonopolios, una ligazón muy precisa a las situaciones estáticas (estructura) de mercado, antes que a los procesos reales de rivalidad e innovación que promueve la competencia, tal como la conocemos.

Por esta razón, la teoría antimonopolios no puede evitar considerar todo tipo de cooperación en el mercado como presuntivo de una intención monopolística. Ciertamente, no cabe más que definir tal cooperación como restrictiva de la competencia, si definimos ésta según el número de agentes actuando independientemente en el mercado. Bajo otras definiciones de competencia, como la que ciertamente se propone en este ensayo, las cosas adquieren otro color. Vista la competencia como asociada a la capacidad de las empresas para descubrir nuevos conocimientos útiles a su actividad, y para encontrar nuevos hechos antes que otros participantes, los cuales le confieren al descubridor una ventaja que de otro modo hubiese pasado desapercibida, el número de empresas que incidentalmente exista en el mercado es un dato irrelevante y superfluo. Al adoptar un enfoque estructural, la teoría antimonopolios no puede explicar satisfactoriamente, más allá de invocar la coartada de la intención monopolística, por qué razón los individuos se asocian con otros para cooperar en el mercado bajo una gama de modalidades variadas que comprenden desde la centralización de la planificación en una firma, hasta la toma de decisiones descentralizadas en el mercado, pasando por una variopinta de formas corporativas intermedias: cartelización, suministro, outsourcing, distribución exclusiva, franquicia, etc.

De otra parte, el cálculo de eficiencias económicas, que pudiera permitir una atenuación en las consecuencias de aplicar a la colaboración de empresas en el mercado un análisis tan sesgado, es a la luz del derecho, tan arbitrario como la determinación misma de una intención monopolística en la realización de la restricción, por cuanto depende de un cálculo basado en una valoración interpersonal de utilidad que sólo quien realiza el análisis está en capacidad de acometer, para establecer, bajo una regla de la razón, si los beneficios sociales son mayores que los costos de

alejarse los mercados del “ideal” de competencia perfecta.

En efecto, bajo el análisis de la regla de la razón, las agencias antimonopolios deben distinguir las conductas restrictivas “monopolísticas” de las que son expresión de eficiencias compensatorias. Sin embargo, este análisis tiene pocas posibilidades de éxito, en la medida que está apoyado en un estándar objetivo de “eficiencia social” que tiene poco que ver con las intenciones y aspiraciones (preferencias, en términos familiares en la economía) detrás de los arreglos de hecho celebrados por los empresarios.

No es casualidad que las decisiones judiciales y administrativas hayan sido particularmente erráticas en considerar si una restricción debería ser considerada “monopolística”, pues al final del camino todo depende, como se dijo, de las opiniones y valoración ética que le atribuya el observador externo (autoridad) a tales arreglos, con base en un cálculo arbitrario que hace desaparecer toda consideración a la individualidad de quienes en realidad son los que celebran tales arreglos. Por ello, Rawls considera este análisis utilitarista como fraudulento, “por no considerar seriamente la distinción entre personas”. (Rawls: 1971, 27)

Las limitaciones del análisis de la regla de la razón quedan de manifiesto en el tratamiento que da éste a los arreglos de mercado cuyas eficiencias deben ser reconsideradas a la luz de un enfoque centrado, no tanto en las consecuencias de corto plazo sobre el número de actores en un mercado, sino en sus implicaciones de largo plazo. Bajo un enfoque de esta naturaleza, las consecuencias negativas de las conductas restrictivas de la rivalidad, de la oferta, o de ambos, son menos importantes, porque la innovación tiende a dejarlas obsoletas, imponiendo de esta manera un efecto estabilizador. Aún más, adquieren otra lectura. Por ejemplo, la restricción de la oferta deja de ser vista como el esfuerzo por imponer un precio monopolístico, en ausencia de alternativas efectivas, y pasa a ser apreciado como una forma en que las empresas resuelven un problema inevitable de riesgos no asegurados. En efecto, el seguro contra riesgos normalmente corre por cuenta de los costos, pero en un mundo cuyo futuro es incierto, a veces se requiere elevar el precio por encima de los costos, para prever contingencias inesperadas. Algunas firmas fallarán en evitar el riesgo no asegurable, y por tanto causarán pérdidas, en tanto que otras producirán ganancias. También, los acuerdos horizontales y conductas paralelas pueden ser útiles para “homogeneizar” la cantidad global de inversiones requeridas para proveer de oferta óptima una industria determinada. Por otra parte, la reputación comercial, lejos de ser una barrera al ingreso de otros, puede ser considerado como un “capital intangible” en el cual otras firmas dependen para asegurar sus expectativas en intercambios de relativo corto plazo. Finalmente, la distribución o suministro, acuerdos de interés común (“joint ventures”), las fusiones o adquisiciones y la integración vertical puede ser formas adecuadas para asegurar la estabilidad de inversiones complementarias en el largo plazo. En suma, el punto es que estos arreglos, a la luz de otro enfoque teórico, pierden interés como fórmulas de restricción de rivalidad en el corto plazo, para convertirse en estrategias de aseguramiento de expectativas en el largo plazo.

Schumpeter percibió claramente este problema de apreciación en el enfoque de los reguladores hacia los mercados. “Primero, en vista de que estamos en presencia de un proceso en el cual cada elemento toma tiempo considerable en revelar sus características reales y efectos últimos, no tiene caso en apreciar el desempeño de ese proceso ex visu de cada punto en el tiempo; debemos juzgar su desempeño en el curso del tiempo, tal como se presenta a lo largo de décadas o siglos (...) Segundo, en tanto estamos ante un proceso orgánico, el análisis de lo que sucede en cada parte del mismo -digamos, en un interés o industria en particular- puede ciertamente aclarar detalles de mecanismo pero será poco concluyente más allá de eso. Cada pieza de la estrategia empresarial adquiere su verdadero sentido sólo comparándolo con antecedente de tal proceso y dentro de la situación creada por ella. Debe ser apreciado su papel en el contexto del vendaval permanente de la destrucción creativa; no puede ser vista sin conexión con ésta, o de hecho en la hipótesis de que existe un reposo (equilibrio) en el sistema. (...) Por ello, los economistas quienes, ex visu en un punto en el tiempo, observan por ejemplo el comportamiento de una industria oligopolística (...) y observan los bien conocidos movimientos y contramovimientos dentro de ella parecieran que apuntan nada más que a establecer la existencia de altos precios y restricciones de oferta, haciendo precisamente esa hipótesis. Ellos aceptan la evidencia empírica de la situación momentánea, como si ella no tuviera pasado o futuro y creen que han entendido lo que hay que entender si interpretan el comportamiento de esas empresas bajo el principio de maximización de las utilidades con referencia a esa evidencia. El papel del teórico usual y del reporte usual de la comisión gubernamental virtualmente jamás intenta apreciar ese comportamiento, por una parte, como resultado de una pieza de historia pasada y, por otra parte, como un intento de adecuarse a una situación que con certeza cambiará -como un intento de

esas empresas en mantenerse en pie, sobre un terreno que se desliza debajo de ellos. En otras palabras, *el problema usualmente visualizado es cómo el capitalismo administra estructuras existentes, en tanto que el problema relevante es cómo las crea y destruye. En tanto esto no sea reconocido, el investigador realiza un trabajo sin sentido. Apenas es reconocido, su apreciación sobre la práctica restrictiva capitalista y sus resultados sociales cambia considerablemente.*” (Enfásis del autor) (Schumpeter, 1950 [1942]: 84)

De manera esclarecedora, Schumpeter concluye en lo siguiente: “Al analizar tales estrategias empresariales ex visu en un punto dado en el tiempo, el investigador economista o el agente del gobierno evalúa las políticas de precios, las cuales se le presentan como predatorias y restricciones de oferta que se le presentan como sinónimos de pérdidas de oportunidades para producir. No ve que las restricciones de este tipo son, bajo las condiciones del vendaval permanente, incidentes, a menudo inevitables, de un proceso de expansión en el largo plazo que ellos protegen antes que impedir. No hay más paradoja en ésto que en decir que los automóviles viajan más rápido de lo que podrían porque tienen frenos.”(Schumpeter, 1950 [1942]: 88)

La falta de control judicial de las decisiones en materia antimonopolios deriva entonces de que no existe una teoría económica única que explique satisfactoriamente la realización de prácticas que restringen la rivalidad. Ello ha quedado plasmado en los sucesivos cambios dados por la teoría económica que inspira la política antimonopolios, la cual se asienta en el “paradigma S-C-P”, a lo cual se ha hecho referencia anteriormente, al comienzo de este ensayo. Tal como lo expone Brenner: “No existe un modelo, ni un argumento en teoría económica, que -si se toma en cuenta la empresariedad, las innovaciones y el cambio- refiera la estructura al desempeño y las conductas anticompetitivas, y que en particular, sugiera apreciar con sospecha incluso una pequeña correlación positiva persistente entre ‘ganancias’ y concentración.” (Brenner, 1990: 196) Por ello, como sarcásticamente asientan Adams y Brock, la teoría económica ha conducido a una “cacofonía ensordecedora de opiniones divergentes.” (Adams y Brock, 1991: ix)

De hecho, el problema es aún más grave, debido a la naturaleza de las inferencias hechas en torno a los hechos apreciables en el mercado, en relación con las supuestas intenciones monopolísticas de los agentes en el mercado. El caso es que la interpretación de tales hechos se hace a la luz de una perspectiva que ya les asigna un sentido, dentro de las coordenadas de la explicación antimonopolios. De modo que su análisis no “prueba” nada, al menos en el sentido que la prueba tiene en el Derecho. En efecto, Devis Echandía ha establecido que “[La presunción] es un juicio lógico de legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o presunción hominis), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal cómo suceden las cosas y los hechos (...) Cuando es simple presunción judicial o de hombre, por lo general se considera ese hecho simplemente como probable, a menos que por basarse en una ley física inmodificable...” (Devis Echandía, 1991)

Ahora bien, los hechos empíricos en materia económica se refieren a nuestra apreciación sobre la conducta de los demás; por ello, carecen de objetividad. En efecto, cada quien tendrá una aproximación distinta a las causas que dan origen a la conducta económica expresada en un dato económico. A la postre, esta carencia de objetividad impide que tales datos sean funcionales bajo la prueba jurídica de presunción. Por tanto, no pueden servir de soporte a las inferencias sobre la existencia de una situación monopolística. Como sarcásticamente lo señala Sowell: “Usualmente, no hay nada en los casos antimonopolios comparable a encontrarse a alguien al lado de un cadáver con una pistola en la mano echando humo. La estadística de datos empíricos abunda, pero su interpretación depende crucialmente de las definiciones y teorías usadas para inferir la naturaleza de procesos prospectivos que dejan de lado ese particular residuo de los números retrospectivos”. (Sowell, 1980: 203) A lo sumo, es preciso reconocer que la interpretación positivista sobre los hechos económicos está dada por una visión paradigmática de la competencia y los mercados que se expresa en teorías constantemente rebatidas por nueva evidencia, y en hipótesis de efímera duración.

El problema de la naturaleza objetiva o subjetiva de la evidencia presentada en estos casos, nuevamente tiene que ver con la insistencia en aplicar en el análisis de los problemas sociales un método de investigación inadecuado para examinar problemas de la naturaleza. En efecto, en sí mismo considerado, ¿Qué demuestra la existencia de un acuerdo de precios entre competidores -por hablar del caso más controvertido- más allá del interés de dos o más agentes económicos por alinear sus precios? Absolutamente nada. En efecto, la intención monopolística que se deduce de ellos no es más que la concepción con la que tal hecho es aproximado, con el lente teórico de un enfoque

estructural, el cual *presume* tal intención, más *no lo demuestra*. En otro sentido, ¿Qué evidencia empírica permite deducir que la cuota de mercado de una empresa será un indicativo de su capacidad para dominar el mismo hacia el futuro? ¿Cuál será ese indicativo o porcentaje de mercado capaz de permitir deducir una efectiva coerción? Aún más, ¿Cómo deducir de manera objetiva la existencia de un mercado relevante particular, disociado de las preferencias de los consumidores, que son las que a la postre definen su tamaño real? Nuevamente, Sowell pone el dedo en la llaga al indicar que “el problema básico de estas definiciones del producto es que la sustituibilidad es a todo evento subjetiva y prospectiva, mientras que todo esfuerzo por definirla debe ser objetivo y retrospectivo.” (Sowell, 1980: 204).

Como indicó Mises, los hechos económicos son complejos, lo que quiere decir que su verificación no depende de un factor aislado, sino de un conjunto de vectores y causas asociados a la complejidad misma de la acción humana. Por ello es poco menos que arbitrario pretender dar a estos hechos un significado más allá de lo que expresan en sí mismos. (Mises, 1949)

Las doctrinas legales imperantes, inspiradas en una visión positivista del derecho, son incapaces de aclarar de qué manera la discrecionalidad administrativa que se genera en la decisión de estos casos puede ser sujeta a control por un tercero. Aunque los juristas centren buena parte de su atención en el control formal que proporciona la observancia de las reglas del Proceso Debido (“Due process”) y de procedimiento administrativo, ello no supone que la regla de derecho se vea protegida de los excesos de la autoridad. En efecto, la regla de derecho se refiere a la esencia o substancia material de la decisión impuesta a las empresas, en el sentido de que sus derechos no se verán menoscabados por interpretaciones caprichosas de la autoridad antimonopolios en relación con los acuerdos y estructuras corporativas que ellos celebren, donde se restrinja la rivalidad de una forma u otra. Así, en la aplicación de políticas antimonopolios, la esencia sustantiva de las decisiones impuestas se refiere en última instancia a hipótesis o teorías económicas, es decir, a simples opiniones de las autoridades antimonopolios sobre los pretendidos efectos de las prácticas restrictivas de comercio, más allá de ciertos -otra vez, arbitrarios- niveles de concentración de mercados. Por ello, no es casualidad que la evidencia económica presentada contra algún arreglo empresarial, normalmente se refiere a hechos diferentes de la empresa o empresas investigadas, y más bien, a condiciones externas existentes en el mercado en que operan. Es esta “evidencia” que provee en última instancia a tales acuerdos su “sabor” restrictivo. (Stevens y Yamey, 1965)

Por todo lo anterior, no sorprende que un magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos haya señalado que en los casos antimonopolios, “la única consistencia es que el gobierno siempre gana.”<sup>3</sup>

#### IV.- DEFINICIÓN DE UN PARADIGMA INSTITUCIONAL ALTERNATIVO PARA EL ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA Y DE SU REGULACIÓN.

Predicar la inconveniencia de las políticas antimonopolios en la promoción de la competencia de ninguna manera representa una suerte de renuncia al papel de promotor que el Estado puede y debe tener en dicha tarea. Más bien, significa un cambio cualitativo de enfoque hacia el papel que las instituciones han de tener de cara a la promoción de un fenómeno que, como la competencia, ha sido desvirtuado por la doctrina económica reinante en políticas públicas, y que por tanto, amerita un tratamiento diferente desde la perspectiva de políticas públicas.

En efecto, la rectoría del Estado en la formación de los mercados es no sólo indispensable, sino que renunciar a ella sería impensable. Las transacciones económicas no ocurren en el vacío institucional. Los mercados sólo pueden funcionar en el contexto de un marco definido de derechos, lo que es sin duda tarea del Colectivo.

Esta sección tiene por tanto como propósito delinear las características generales del paradigma alternativo de regulación, para precisar las condiciones que debe cumplir en la tarea de promover la competencia en los mercados exitosamente.

Comencemos por explorar los motivos por los cuales los derechos individuales sobre los recursos sociales deben estar lo más claramente definidos, de forma tal de propiciar transacciones de mercado más transparentes y

<sup>3</sup> *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1965) AT 301.

predecibles. En este punto, se hace imperativo explicar el papel y funcionamiento de las expectativas empresariales en el mercado, para comprender por qué es preciso protegerlas a través de las políticas públicas.

1) El papel de las expectativas en orientar la conducta de los agentes económicos en el mercado.

Contrariamente a la omnisciencia predicada por el análisis estático neoclásico en cabeza de los agentes en el mercado, quienes tienen ante sí sólo un problema de decisión el empleo de los recursos sociales, y que a todo evento puede ser resuelto a través de la intervención de un tercero que “desde lo alto” recoge la información necesaria para orientar la acción de las empresas hacia el “óptimo social”, los individuos carecen de la información acerca de las condiciones futuras que pudieran determinar el éxito o fracaso de sus respectivas inversiones.

La actividad de los individuos está constantemente signada por una “niebla de ignorancia” que los sujeta a conformarse con formular simples especulaciones sobre lo que habrá de depararles el futuro. En la difícil tarea de anticipar el futuro, los individuos pueden, como mucho, guiarse por sus instintos, que en parte depende de su experiencia pasada ante hechos semejantes; a partir de esa experiencia ellos pueden aprender a relacionar ciertas tendencias o identificar posibles resultados futuros. Sin embargo, en la elaboración de sus respectivos planes hacia el futuro, nunca podrán estar del todo seguros y por tanto, siempre deberán enfrentarse a un problema insoluble de incertidumbre genuina inerradicable (“sheer uncertainty”) acerca del futuro.

A la luz de esta realidad subjetiva y especulativa, los empresarios se ven constantemente forzados a buscar y asegurar información suficiente sobre eventos futuros como para animarlos a invertir *hoy*. De modo que son las inversiones presentes las que determinan los niveles futuros de producción. En un sistema donde las decisiones son descentralizadas, como es el caso de los mercados, cada individuo ignora, en principio, las acciones futuras de los demás; por ello, sus propias acciones no son más que simples conjeturas en un futuro incierto. La significación de estas conjeturas va más allá de lo que pudiera calificarse de una simple especulación sobre el acaecimiento de un hecho. Los cálculos actuariales, por ejemplo, permiten establecer la regularidad en que ciertos eventos habrán de suceder, lo que permite a los empresarios internalizar el costo de que ocurran y el riesgo se materialice. Pero no es a esta clase de eventos futuros que nos referimos aquí, los cuales constituyen el objeto de los seguros contra riesgos calculados y futuros. A diferencia del riesgo, la incertidumbre genuina inerradicable se refiere a un hecho absolutamente impredecible, por versar sobre conjeturas humanas y no sobre acaecimiento de sucesos de la naturaleza. (Knight, 1921)

Quizás el mejor ejemplo de incertidumbre genuina sea el dado por Keynes en su conocido ejemplo del “Concurso de Belleza”. La esencia especulativa de las decisiones que adoptan los agentes en el mercado es semejante a la de un concurso de belleza donde la votación ha de resolverse, no con base en la escogencia de la candidata que los jueces juzgan la más bonita o talentosa, sino con base en la candidata que cada juez cree que será la más votada por los demás jueces. La ganadora será aquella escogida de acuerdo con las expectativas recíprocas de los jueces. En efecto, como quiera que la decisión de cada juez depende de lo que él cree que otros miembros del jurado decidirán, pero sin tener absoluta seguridad de ello (obviamente, si no media comunicación entre ellos), por basarse en las expectativas subjetivas de éstos, y no en hechos objetivos, su decisión estará basada en la incertidumbre sobre quién ganará. (Keynes, 1964 [1936]: 156) La votación no tendrá fin, pues será un proceso de conjeturas sobre lo que decidirá el otro, a su vez determinada por la conjetura sobre qué decidirá el primero. La única forma de terminar con esa inmovilidad paralizante es la de apelar a la decisión de una autoridad superior, o resolver el problema mediante convención entre los jueces (o participantes en el mercado), permitiéndoles, por ejemplo, que se puedan comunicar entre sí. Como lo han indicado O’Driscoll y Rizzo: “En principio, no existe límite al nivel de formulación de conjeturas recíprocas. No existe razón lógica suficiente para detenerse en algún punto en particular; detenerse es, en buena medida, arbitrario o resultado de convención.” (O’Driscoll y Rizzo, 1985: 73). En el caso de transacciones de mercado, estas convenciones algunas veces adoptan la forma de cooperación explícita a través de variados acuerdos y arreglos, o mediante entendimiento tácito en donde una forma aprecia los elementos que le dan forma a sus expectativas sobre el comportamiento de las demás: Vale decir, la reputación, la práctica comercial previa, y otras semejantes. Volveremos sobre este punto más adelante.

Las firmas están constantemente forzadas a medir el nivel de los recursos que deben dedicar hoy para alcanzar un nivel esperado de demanda agregada en el futuro. El problema surge, sin embargo, porque cualquier determinación



acerca de los futuros niveles de demanda agregada será especulativo por definición. Y no obstante, las empresas deben tomar una decisión al respecto. (Richardson, 1960: 29-46). Este es un proceso de ensayo y error que los fuerza constantemente a experimentar con diferentes alternativas de inversión. Obviamente, estas decisiones jamás son idénticas entre sí, ya que las circunstancias que las determinan cambian. La condición de empresario demanda por ello que se preste atención a las nuevas oportunidades, que los empresarios estén “alertas”. (Kirzner, 1973). Serán tales nuevas circunstancias las que les “digan” que ciertas tecnologías o técnicas de producción prevalecerán, y que otras serán reemplazadas, o que los consumidores cambiarán sus preferencias, o que las mantendrán. En suma, las nuevas circunstancias colocan al empresario ante el dilema de subir o bajar sus niveles de inversión presente, para corresponder a los niveles de demanda agregada futura esperada.

De qué manera sucede ésto? Tal como señala Richardson, al tomar sus decisiones, los empresarios deben confrontar su incertidumbre, y los arreglos institucionales que negocian con otros empresarios, según el tipo de inversiones que realizan; las competitivas y las complementarias.

En el primer caso, el incremento de una inversión competitiva por un empresario limita negativamente el de los demás, porque ante una expectativa de ver reducida su capacidad para colocar en el futuro sus respectivas producciones motivará que en el presente se vean desestimulados a invertir. Richardson compara esta situación con la de una lotería muy especial, donde los que apuestan alcanzarán beneficios siempre que el nivel total de lo jugado no exceda una cierta suma, pues en caso de exceso, cada jugador deberá soportar una pérdida proporcional. Mutatis mutandi, en el mercado, se trata de que las inversiones competitivas actuales no genere una producción que exceda en el futuro la cantidad total de demanda agregada; en efecto, en caso de excederse, deberán soportar pérdidas proporcionales a lo invertido en exceso. La pregunta es: Cómo pueden asegurarse los empresarios de que invertirán hoy la cantidad máxima óptima?

En el segundo caso, el incremento de una inversión complementaria debe ser suficiente para inducir los demás a realizar inversiones complementarias a la primera. El problema entonces es: Cómo pueden asegurarse los empresarios de que otros invertirán hoy la cantidad mínima?

La respuesta es, en uno y otro caso, la cooperación empresarial. Los empresarios cooperan para reducir el desperdicio que resulta de equivocaciones en que pudieran incurrir, debido a conjeturas mal hechas o a informaciones incompletas. Para lograrlo, entran en un proceso de ensayo y error que les permite “descubrir” cuales de sus expectativas iniciales vale la pena preservar, en tanto corresponden con los hechos que con el tiempo se verifican, y el futuro se vuelve presente.

Los empresarios construyen expectativas mutuas a través de ciertos arreglos dirigidos a dotarlos de ciertas seguridades sobre sus futuras situaciones. Por ejemplo, pueden apoyarse en su experiencia comercial pasada; también, pueden basar su juicio sobre la reputación de las firmas con las que negocian o compiten (lo que, a su vez, refleja la experiencia comercial de esas empresas con terceros); finalmente, pueden recurrir a arreglos convencionales formalizados en contratos, como vía para asegurar el cumplimiento con las expectativas creadas; si no es posible la vía contractual, las partes buscarán alinear su conducta con la de otros empresarios, sobre la base de lo que esperan de ellos, a través de arreglos informales como “acuerdos de caballeros”, y así sucesivamente. Estos arreglos institucionales, así como muchos otros, aunque son menos confiables que suscribir un contrato de seguro, proveen sin embargo a los empresarios que participan en ellos de la suficiente certeza para realizar inversiones hoy que afectarán sus niveles de producción futura.

Obviamente, todas esas técnicas limitan las posibilidades a los empresarios de adoptar cursos “independientes” de acción; sin embargo, ha de notarse que la limitación introducida no es el resultado libremente escogido, de monopolizar mercados, sino más bien, la necesidad inevitable e imperiosa de coordinar actividades en forma tal de prevenir pérdidas futuras debido a errores en la predicción. Dicho de otra manera, los empresarios no tienen libertad de acción real al decidir optar por alinear su conducta con la de los demás, por cuanto esa es la única manera que tienen de conocer si deben invertir o no.

Además, tal cooperación no excluye en sí misma la posibilidad de rivalidad, pues de hecho el futuro es incierto, y tales acuerdos están constantemente sujetos a tensión por motivo de los cambios imprevistos que las nuevas

circunstancias introducen en las relaciones de mercado. Son esos cambios los que estimulan los empresarios a ingresar en sectores antes no explorados, a innovar, a ser los primeros en desarrollar ciertos productos o tecnologías, etc. Los cambios no inesperados crean nuevas oportunidades, y abren vacíos de conocimiento que deben ser llenados, y de hecho son llenados, por empresarios agresivos y alertas en búsqueda de ganancias. Es esto lo que induce a otros seguirlos, bajo la estructuración de relaciones a las que se hizo referencia anteriormente.

La pregunta entonces, es cómo promover el mantenimiento de las expectativas a través de la actividad gubernamental, y qué recomendaciones es posible formular a la luz de la experiencia de reforma institucional en América Latina.

## 2) La actividad gubernamental y los buscadores de renta en países en vías de desarrollo.

Vale la pena observar que la actividad gubernamental tiene poco que ver con la preservación de expectativas en el mercado. Cuando menos, puede afirmarse que existen incentivos en la actividad de los gobiernos que hace que sus integrantes no reconozcan la importancia de asegurar tales expectativas.

Todo lo contrario. La erosión de las expectativas individuales en el mercado se hace siempre a costa del crecimiento de la actividad regulatoria gubernamental. Por ello se hace particularmente difícil asegurar que las autoridades políticas en el nivel nacional, regional y local emprendan actividades dirigidas a hacer el entorno institucional en el cual interactúan las empresas, mucho más predecible y transparente, o cuando menos, no vulneren aún más sus expectativas, a través de actuaciones discrecionales motivadas por fines políticos. La finalidad es construir un marco en el cual puedan florecer todas las virtudes asociadas con la competencia, *tal como la conocemos y experimentamos*: Innovación gerencial, de productos, reducciones de costos, de precios, incremento de la rivalidad, creación de nuevo conocimiento útil, etc.

Para alcanzar estos propósitos, es necesario eliminar las fuentes de interferencia creadas a nivel público y privado; estas interferencias imponen a la sociedad ineficiencias severas en forma, no sólo de una deficiente asignación de los recursos sociales, sino también, y más importante, en la interferencia que ellas suponen al surgimiento de conocimiento valioso y a la transmisión de información entre los distintos agentes en el mercado.

He aquí la justificación conceptual de una política de promoción a la competencia: Crear una suerte de control a la natural fagocitosis del Estado por ampliar su esfera a costa de la de los individuos en el mercado, que es la causa de estas interferencias en la transmisión de conocimiento social.

Por ello, el “interés público” exige una delimitación precisa de las asignaciones a las que cada individuo tiene derecho, para impedir que sujetos no autorizados (buscadores de renta públicos o privados) obtengan un beneficio inmerecido adueñándose del provento de inversiones efectuadas por sus legítimos dueños.<sup>4</sup>

Esto lo puede lograr el Colectivo de dos maneras: Primero, actuando por cuenta propia castigando quienes lesionen la transparencia o identidad de los derechos individuales; aquí el Colectivo tiene la doble función de crear un sistema confiable de derechos de propiedad (incluida la propiedad de bienes intangibles), así como de transmisión de derechos por vía contractual. Segundo, el Colectivo debería abstenerse de prohibir que los individuos puedan negociar libremente la manera de excluir a quienes pretendan apropiarse indebidamente de rentas que les pertenecen. Nuevamente, aquí se plantea reconsiderar la regulación tradicionalmente aplicada para “corregir” los resultados del mercado, incluida buena parte de la política antimonopolios.

Dicho de otro modo, la propuesta de una política de promoción a la competencia incluye lo siguiente:

---

<sup>4</sup> Nótese la distancia que existe entre esta visión del interés público que hace del respeto a los derechos individuales un fin en sí mismo, y la que comparte la disciplina del análisis económico del derecho, donde la finalidad de los derechos se condicionan a que sean la expresión de un cálculo social de costo-beneficio en el cual poco importa su integridad misma, la cual es sacrificada en función del estándar social de eficiencia económica.

1. Definición precisa de derechos de propiedad privada sobre los recursos sociales.
2. Protección contra actos que erosionen aspectos constitutivos de la propiedad (por ejemplo, actos de piratería y otros de competencia desleal)
3. Definición precisa de las condiciones de traspaso de la propiedad por vía contractual y protección de los contratos por medios judiciales efectivos.
4. Libertad para negociar las condiciones dentro de las cuales las empresas han de coordinar sus actividades, para anticipar situaciones futuras inciertas, y para excluir buscadores de renta. En este sentido, sería conveniente que las prohibiciones sobre acuerdos que estructuralmente restrinjan la libre competencia (si se acepta que deberían ser objeto de control por la autoridad) sean sujetas a calificaciones temporales muy precisas que definan su licitud e ilicitud. Claro está, esta tarea puede ser compleja en la definición de restricciones según cada industria.
5. Limitación del ámbito público a funciones de reforzamiento de las actividades de los agentes económicos en el mercado.
6. Sujeción de la propiedad pública al control político del Colectivo.
7. Replanteamiento y eliminación de toda regulación que busque alterar los resultados de las transacciones en el mercado, salvo de aquellas que tengan una causa política debidamente justificada.
8. Atacar las restricciones empresariales siempre que éstas tengan un efecto semejante en los mercados al de leyes creadoras de barreras al comercio. Vale decir, acuerdos tomados en el seno de asociaciones de comercio, que imposibiliten a terceros el comercio.

## V. CONCLUSIONES.

La promoción de creatividad e innovación es crucial para que los países en vías de desarrollo puedan generar crecimiento económico. Desafortunadamente, las respuestas fáciles no son aún asequibles. Hoy día los hacedores de políticas públicas son más optimistas que una generación atrás, pero esta convicción los ha hecho también más realistas acerca de la complejidad del problema, y por tanto, sobre los cambios necesarios para poder acometer estos propósitos.

En este sentido, ha habido un cambio inobjetable en las posiciones de “ingeniería social” que predominaron durante décadas en países en vías de desarrollo, con fines desarrollistas, pero con resultados deficientes, y en ocasiones, desastrosos. Sin embargo, suponer que por ese simple concepto la visión de políticas públicas haya cambiado radicalmente desde la “apertura económica” hasta el presente, es quizás un tanto optimista.

En efecto, el paradigma estructural de regulación sigue siendo en esencia, el mismo; y si bien los fines han cambiado, los medios y procederes de la actuación pública continúan siendo en esencia semejantes. Ello no es de sorprender, pues la resistencia al cambio institucional no es algo que sólo afecta las rutinas de los agentes privados en el mercado; también afecta las de los agentes gubernamentales en sus actuaciones frente a la sociedad. Después de todo, se trata de seres humanos en uno y otro caso.

Este ensayo intenta plantear una crítica que va más allá de una simple corrección de excesos. Parte de la premisa, no admitida por quienes niegan cabida científica a una forma alternativa de comprender las relaciones sociales, de que las ciencias sociales son ante todo, convencionales, y que por ello la búsqueda de la verdad en ellas no puede quedar resuelta en la epidermis del análisis científico, en el contexto de la verdad preestablecida por un determinado paradigma de conocimiento. Debe explorar las bases mismas del paradigma, para comprender las limitaciones de la “verdad científica” larvada dentro de un consenso, más que una demostración genuinamente científica.

La crítica de la política antimonopolios requiere, pues, no de presentar más evidencia empírica, sino de un cuestionamiento esencial y profundo a las premisas básicas del paradigma en el cual se asienta. No reconocer tales críticas supone asumir una inaceptable visión maniquea de la realidad.

Pues una vez reconocida la limitada verdad científica sobre la cual se asienta la política antimonopolios, y que en el fondo representa una nueva forma de actuación de ingeniería social, hay que admitir que quienes de buena fe ven en ella un instrumento de control contra los excesos del capitalismo asumen sin quererlo una visión maniquea de la

realidad, inspirada en consignas que el cambio institucional necesariamente habrá de superar para poder materializarse más allá de una simple y efímera reducción de aranceles.

Que esta visión de los fenómenos sociales es maniquea, es algo que apenas comienza a ser percibido en el creciente interés en formas dinámicas más “cercanas” a la realidad para explicar la competencia, lo que ha llevado de manera sostenida a reducir cada vez más la enumeración de prácticas restrictivas “ilícitas”, y a buscar en el análisis de eficiencias económicas bajo la regla de la razón, justificaciones para explicar prácticas que aparecen como evidentes al sentido común, pero que la doctrina antimonopolios clásica inevitablemente condena.

Ackerman, B. Reconstructing American Law, Harvard University Press, Cambridge, 1984.

Adams W. and J. Brock, Antitrust Economics on Trial: A Dialogue on the New Laissez-Faire, Princeton University Press, Princeton, 1991.

Agosin, M. and D. Tussie, "Globalization, Regionalization and New Dilemmas in Trade Policy for Development", 15 World Competition [1992]: 37-63.

Baer, W. "Changing Paradigms: Changing interpretations of the public sector in Latin America's economies" 88 Public Choice [1996]: 366-368.

Bain, J. Barriers to New Competition, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1956.

Baumol, W. Panzar and R. Willig, Contestable Markets and the Theory of Market Structure, Harcourt Brace Javanovich, Inc., New York, 1982.

Bork, R. The Antitrust Paradox, Basic Books Publisher, New York, 1978.

Brenner, R. 'Market power: Innovations and Antitrust', in in The Law and Economics of Competition Policy, F. Matthewson; M. Trebilcock and M. Walker (eds.), The Fraser Institute, Vancouver, 1990.

Butos, W. and R. Koppl. "Hayekian Expectations: Theory and Empirical Applications" 4 Constitutional Political Economy [1993]: 303-329.

Caves, R. and M. Porter, "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition", Quarterly Journal of Economics, [May 1977]: 241-262.

Cheung, S. The Myth of Social Cost: A Critique of Welfare Economics and the implications for Public Policy, Institute of Economic Affairs, London, 1978.

Clarke, R. Industrial Economics, Basil Blackwell, Oxford, 1985.

Coase, R. H. "The Nature of the Firm", 4 Economica n.s. [Nov. 1937]: 386-405.

Cordato, R. Welfare Economics and Externalities in an Open Ended Universe: A Modern Austrian Perspective, Kluwer Academic Publishers, Boston, 1992.

Davila, C. and H. Gómez Samper. "Innovative Management and Organizational Development in Latin America", 36 The International Executive [1994]: 671-688.

Demsetz, H. "Information and Efficiency: another viewpoint" 12 Journal of Law and Economics, [1969]: 1-22.

Demsetz, H. "Market Structure, Market Rivalry and Public Policy", Journal of Law and Economics, [1982]: 376-383.

Devis Echandía, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, 5ta. Edición, Victor de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1991.

Eggertsson, T. 'The Economics of Institutions in Transition Economies' in Institutional Change and the Public Sector in Transitional Economics, S. Schiavo-Campo (ed.), World Bank Discussion Papers 241, The World Bank, Washington, D.C., 1994.

Ekelund, R. and R. Hébert, 'Reconsideración de la Competencia: Chamberlin y Robinson', in Historia de la Teoría Económica y de su Método, Mc Graw Hill, Madrid, 1992.

Friedman, M. "The Methodology of Positive Economics", Essays in Positive Economics, M. Friedman (ed.), University of Chicago Press, Chicago, 1953.

Frischtak, C., B. Hadjimichael and U. Zachau, Competition Policies for Industrializing Countries, Policy and Research Series, No. 7, Industry and Energy Department, The World Bank, Washington, D.C., 1989.

Godek, P. "One U.S. Export Eastern Europe doesn't need", International Merger Law, September 1991.

Hayek, F.A., Law, Legislation and Liberty, Vol 2. University of Chicago Press, Chicago 1976.

Hayek, F.A., "The Use of Knowledge in Society" in Individualism and Economic Order, The University of Chicago Press, Routledge, London, 1948.

Hayek, F.A., "The Meaning of Competition", in Individualism and Economic Order, The University of Chicago Press, Routledge, London, 1948.

Huerta de Soto, J. Socialismo, Cálculo Económico y Función Económico, Unión Editorial, Madrid, 1992.

Jatar, A. and A. E. Rodríguez, Elementos de una política de competencia para Honduras, Informe preparado para Management Systems International, Washington, D.C., Septiembre de 1995.

Jatar, A. and L. Tineo. Competition Policy in the Andean Countries: The Ups and Downs of a Policy in Search of its Place, Paper presented at the conference "U.S. - Andean Trade and Investment Relations: Policy Issues and Choices" sponsored by the Andean Development Corporation, Organization of American States and Inter-American Dialogue, September 3-4, Brookings Institution, Washington, D.C, 1997.

Kelly, M. and A. K. McGuirk, "Trade Policies of Developing Countries", in Issues and Developments in International Trade Policy, World Economic and Financial Surveys (Appendix II), IMF, Washington, D.C., 1992.

Keynes, J. M., The General Theory of Employment, Interest and Money, Harcourt, Brace & World, New York, (1964) [1936].

Khemani, R. S. and M. Dutz. "The Instruments of Competition Policy and their Relevance for Economic Development", in Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective, Private Sector Development Department, The World Bank, Washington, D.C., 1995.

Kirzner, I. Competition and Entrepreneurship, University of Chicago Press, 1973.

Klein, B. "The Use of Economics in Antitrust Litigation: Realistic Models of the Competitive Process" in The Law and Economics of Competition Policy, F. Matthewson, M. Trebilcock and M. Walker (eds.), The Fraser Institute, Canada, 1990.

Knight, F. Risk, Uncertainty and Profit, Reprints of Economics Classics, Sentry Press, New York, 1964 (1921)

Koppl, R. and L. Yeager. "Big Players and Herding in Asset Markets: The Case of the Russian Ruble" 33 Exploration in Economic History [1996]: 367-383

Kuhn, T. The Structure of Scientific Revolutions, The University of Chicago Press, Chicago, 1970.

Lachmann, L. "The Significance of the Austrian School of Economics in the History of Ideas" in Capital, Expectations and the Market Process: Essays on the Theory of the Market Economy, Institute for Humane Studies, Sheed Andrews and McMeel, Inc. Kansas City, 1977.

Machlup, F. "Competition, Pliopoly and Profit", Vol IX No. 33 Economica, [1942]: 1-2.

Machovec, F. Perfect Competition and the Transformation of Economics, Foundations of the Market Economy, Routledge, London, 1995.

Mason, E. "Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises", American Economic Review, Supplement 29, (March, 1939).

McNulty, P. 'Economic Theory and the Meaning of Competition', in The Competitive Economy, Y. Brozen (ed.), General Learning Press, Morristown, New Jersey, 1975.

Means, G. Industrial Prices and their Relative Inflexibility, Senate Document, No. 13, 1935.

Mises, L. The Ultimate Foundation of Economic Science: An Essay on Method, Van Nostrand Company, Inc., Princeton-New Jersey, 1962.

Morgerstern, O., Perfect Foresight and Economic Equilibrium, Zeitschrift für Nationalökonomie 6 (part 3). Trans. F. H. Knight in A. Schotter (ed.), Selected Writings of Oskar Morgerstern, New York University Press, New York, 1976.

O' Driscoll, G. and M. Rizzo. The Economics of Time and Ignorance, Basil Blackwell, Oxford, 1985.

Richardson, G. B. Information and Investment, Oxford University Press, London, 1960.

Rizzo, M. "Disequilibrium and All That: An Introductory Essay" in Time, Uncertainty and Disequilibrium, M. Rizzo (Ed.), Lexington Books, Toronto, 1979.

Rodríguez, A. and M. Coate, "Limits to Antitrust Policy for Reforming Economies", 18 Houston Journal of International Law [1996], 311-358.

Rothbard, M. "Monopoly and Competition", in Man, Economy and State: A Treatise on Economic Principles, Vol. II, D. Van Nostrand Company, Inc., Princeton, New Jersey, 1962.

Rowat, M. Competition Policy in Latin America: Legal and Institutional Issues, The World Bank, Washington, D.C., 1995. URL: [http://www.worldbank.org/html/lat/english/papers/trade/cmp\\_plcy.pdf](http://www.worldbank.org/html/lat/english/papers/trade/cmp_plcy.pdf).

Schumpeter, J. Capitalism, Socialism and Democracy, Harper & Row Publishers, New York, 1950 [1942].

Sowell, T. Knowledge and Decisions, Basic Books, New York, 1980.

Stevens, R. B. and B. S Yamey, The Restrictive Practices Court: a Study of the Judicial Process and Economic Policy, Weidenfeld and Nicolson, London, 1965.

Stigler, G. Memoirs of an Unregulated Economist, Basic Books Inc., Publishers, New York, 1988.

Stiglitz, J. Principios de Microeconomía, Editorial Ariel (Economía), Barcelona, 1994.

Tineo, L. Competition Policy and Law in Latin America: From Distributive to Efficient Market Regulations, Center for Trade and Commercial Diplomacy, Working Paper Series, CTCDD No. 4, Monterrey - California, February 1997.

**PAGINAS WEB:**

- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (ARGENTINA): <http://www.mecon.ar/cndc/HOME.HTM>
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE-BRASIL): <http://www.mj.gov.br:cade:hmpg.htm>
- Comisión Federal de Competencia (MEXICO): <http://cfc.gob.mx/home/>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI-Perú):  
<http://www.rcp.net.pe/INDECOPI/indeco.htm>
- SELA: <http://www.sela.org>
- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.eu.int>
- Comisión Europea -DGIV: <http://www.europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>
- Tribunal de Justicia: <http://www.curia.eu.int/>

**INFORMACIÓN Y ESTUDIOS**

- The Journal of Latin American Competition Policy: <http://www.jlacomp.org/>
- Publicaciones en materia de competencia del Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR) en:  
<http://www.cefir.orgug/indexd.htm> reg
- (APEC) Competition Policy and Law Database sponsored by the Fair Trade Commission, Chinese Taipei en:  
<http://www.apeccp.org.tw>



