

# FUNCIÓN REGULATORIA, PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMONOPÓLICA\*

Luis Diez Canseco  
Abogado. LL.M. Sección de Política  
de la Competencia y del Comercio.  
División de Comercio Internacional. UNCTAD.

## INTRODUCCIÓN

La evolución de la política económica, los procesos de modernización del Estado y los denominados programas de ajuste estructural que se llevan a cabo en América Latina y el Caribe, han impulsado a un número cada vez más creciente de países a adoptar, readecuar o potenciar un conjunto de disposiciones jurídicas que, hasta hace menos de una década, o eran inexistentes o poseían relevancia secundaria. En líneas generales, esta clase de normativa tiene por objeto proteger la libertad de actuación de agentes económicos privados (empresarios y consumidores) y, muy especialmente, garantizar la permanencia del sistema económico que consagran la casi totalidad de las Constituciones de la región.

El sistema en cuestión se denomina "economía de mercado" o, en su variante más moderna "economía social de mercado". Éste por regla general tiene sustento constitucional en el principio de "libertad de comercio e industria." Por ello es indispensable valorar la dimensión de la legislación que se desarrolle a partir de dicho principio. Esta apunta a preservar los intereses de los actores o intervinientes del mercado y, por lo tanto, al propio sistema económico como abstracción.

La legislación que, de manera principal, expresa y garantiza activamente la permanencia de una economía de mercado está constituida por tres conjuntos normativos claramente definidos: las disposi-

*En este artículo, el autor realiza una exhaustiva descripción y análisis de un tema que, tanto a nivel nacional como internacional -y especialmente en nuestra región- cobra cada día más importancia y complejidad: la legislación sobre libre competencia y defensa de la competencia desleal. Dicha área es analizada por el autor de manera comparativa, teniendo en cuenta que los objetivos principales son el correcto desenvolvimiento de la denominada "economía de libre mercado", y la protección a los consumidores, para luego proponer diversas reformas con el fin de afrontar una serie de problemas que, en su opinión distan aún hoy de ser solucionados.*

\* Publicado originalmente en: «La economía política de la reforma judicial». Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo, Editores, capítulo 18, c) Banco Interamericano de Desarrollo, 1997. Con autorización de los editores. Las opiniones vertidas son de responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan ni coinciden necesariamente con aquellas de la UNCTAD.

ciones sobre la protección al consumidor, los preceptos sobre represión de la competencia desleal y, muy especialmente, la legislación sobre libre competencia o antimonopólica. También se pueden mencionar otras disposiciones como son las de transferencia de tecnología, de inversión extranjera, de propiedad intelectual, antidumping, etc. Sin embargo, la vigencia y alcance de estas últimas no se vincula con, ni refleja necesariamente, la existencia de una economía de mercado.

La concepción, adopción y cumplimiento de esta normativa supone un gran reto para los poderes del Estado. El Ejecutivo deberá proteger y mejorar el mercado, respetar su lógica interna y, por lo tanto abstenerse de promover o desarrollar las políticas macroeconómicas contrarias a su lógica. Al mismo tiempo deberá impulsar el quehacer de las instituciones a las que les corresponda administrarla, garantizar su independencia y dotarlas de los recursos necesarios para que cumplan con sus cometidos. El Legislativo deberá estar capacitado para brindar a la sociedad civil un conjunto de dispositivos adecuados en la materia y velar para que las diversas iniciativas que pudieran surgir en su seno no erosionen el sistema de mercado. Por su parte, el Judicial, sobre la base de su función jurisdiccional o de revisión constitucional, deberá estar preparado para enfrentar los múltiples problemas que demanda la adecuada administración de justicia en estos temas. Sobre esto último es necesario destacar que una decisión judicial equivocada no sólo afectará a las partes involucradas en el procedimiento, sino que tendrá repercusiones en la economía en su conjunto.

No se puede dejar de mencionar que el reto trasciende a la estructura del Estado; el sector privado posee un papel importante en lo que respecta a la normativa. En primer lugar deberá cumplirla, lo que significa que los ejecutivos o las personas con capacidad decisoria en una empresa deberán estar al tanto de sus pormenores con el objeto de que sus actuaciones concurrenciales no contravengan las disposiciones sobre la materia. Ello no es ningún misterio puesto que las leyes se promulgan para ser cumplidas. Sin embargo, lo novedoso del contenido de las disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado es tal, que probablemente sectores importantes del empresariado de la región incurran en violaciones sin que se percaten de este hecho. Por tal motivo será necesario llevar a cabo una tarea de difusión y capacitación permanente. En paralelo, los sectores empresarial, profesional y académico deberán interiorizar los alcances de las diversas disciplinas y tomar conciencia de que las mismas se han adoptado con el propósito de proteger sus propios intereses. Debe quedar claro

que esta normativa no es intrínsecamente controlista. Sólo pretende limitar cierta clase de comportamientos concurrenciales con objeto de que perdure o no se falsee el sistema económico dentro del que desarrollan sus actividades. Sobre este particular es posible afirmar que es una suerte de limitación de la libertad con el propósito de garantizar su propia existencia.

Tal como se había expresado anteriormente, del conjunto de disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado, la de promoción de la competencia antimonopólica es la de mayor trascendencia y el objeto del presente trabajo. El artículo se estructura de la siguiente manera:

Primeramente se brindarán algunas consideraciones sobre el contexto dentro del que se puede situar al Derecho de la Competencia. Esto tiene su importancia puesto que dependiendo de la ubicación que se le otorgue, variarán los principios jurídicos aplicables y, especialmente, la interpretación correspondiente.

En segundo lugar se darán algunas indicaciones sobre el contenido de la legislación antimonopólica y, en el marco de este ejercicio, se señalarán algunos de los principales problemas que, sobre la base de la experiencia del autor, enfrentan o pueden enfrentar las autoridades responsables de la aplicación de la normativa. Dentro de este capítulo también se harán algunas reflexiones sobre la estructura que debe crearse para aplicar la normativa.

En tercer término se tratará de determinar la vinculación de la normativa sobre libre competencia con los programas de modernización del Estado y de ajuste estructural que se llevan a cabo en la región. En el ejercicio se intentará demostrar que las disposiciones antimonopólicas son indispensables para lograr las metas que, a este respecto, han trazado los países de América Latina y el Caribe. Y, finalmente se formularán recomendaciones sobre posibles esferas de acción del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en la materia.

## **DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO DERECHO ORDENADOR DEL MERCADO**

### **El Derecho Ordenador del Mercado**

Como ejercicio previo conviene indicar dentro de qué marco jurídico corresponde ubicar a las diversas disciplinas que conforman el Derecho del Mercado. Sin embargo, se debe dejar claro que debido a la riqueza del Derecho, conferir categorías omnicomprendivas y brindar definiciones inequívocas sobre

cualquiera de sus disciplinas deviene en ejercicio difícil, sino imposible. Siempre habrá errores de apreciación.

Hecha la salvedad podemos señalar que el Derecho de la Promoción de la Competencia es parte del que podríamos denominar como "Derecho Ordenador del Mercado" o, de manera más simple, "Derecho del Mercado".

Tal como lo indica su propio nombre, el Derecho Ordenador del Mercado es aquel que tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los agentes económicos (privados y el Estado) en el mercado o tráfico económico. Para mayor precisión, es una disciplina jurídica ordenadora (vía la regulación) del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas (los empresarios y consumidores) y del propio Estado en la medida que interviene en el mercado. Su finalidad última es la de promover y garantizar el buen funcionamiento de una economía de mercado. De allí que sea necesario considerar como requisito previo la existencia de esta clase de sistema o modelo económico<sup>1</sup>.

De la definición que hemos brindado se pueden extraer sus diversos elementos. En primer lugar será necesario que exista un territorio (mercado) en el que puedan actuar o intervenir quienes ofrecen bienes o servicios (oferta) y quienes requieran de los mismos (demanda), siendo los primeros los empresarios y los segundos los consumidores. Este mercado -en el que interactúa la oferta y la demanda- debe ser libre. En otras palabras, que los intervinientes puedan proceder sin otros condicionamientos que no sean los propios de la competencia: precio, calidad, canales de distribución, estrategias de mercadotecnia, etc.

En segundo lugar, el mercado existe en la medida en que se verifiquen contraprestaciones económicas (normalmente la compra-venta), las que se producen en el marco de intercambios comerciales o en el desarrollo de actividades económicas en las que, a su vez, las notas características son el ánimo de lucro

y el deseo de satisfacer necesidades. Esto se conoce como tráfico económico.

En tercer lugar, el mercado existe dentro de un área geográfica (nacional e internacional) en la que se han establecido reglas de comportamiento. Dichas reglas (acordadas por el Estado, el Derecho Internacional o la costumbre mercantil) expresan los derechos y obligaciones de los intervinientes en el tráfico. Del mismo modo, las reglas tienen por objeto establecer un marco para la actuación de los intervinientes, a la vez que pretenden garantizar que el mercado no se desnaturalice o falsee.

Finalmente, los intervinientes en el mercado son: las personas jurídicas o naturales en su doble faceta de empresarios y consumidores; el público (los consumidores en su sentido estricto); y el Estado que, en tanto participa como empresario o consumidor, establece las reglas de comportamiento, y es el árbitro de los conflictos que pudieran surgir.

En resumen, el Derecho Regulador del Mercado reconoce la existencia de los diversos actores de la economía y pretende ordenar su comportamiento con objeto de preservar la existencia del propio mercado (el sistema económico como abstracción). Tal como fuera señalado anteriormente las disciplinas que conforman el Derecho del Mercado son: el Derecho de la Libre Competencia; el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal<sup>2</sup> y el Derecho de la Protección al Consumidor. Lo complementan el Derecho de la Propiedad Intelectual (en sus dos vertientes: Derechos de Autor y protección de la Propiedad Industrial) y el Derecho de la Publicidad. A las anteriores se podría adicionar la normativa antidumping y sobre subsidios, la de inversión extranjera, la de transferencia de tecnología, la referida al control de cambios, la de regulación de precios, etc. Sin embargo, a pesar de que estas últimas se vinculan necesariamente con el "mercado", no es cierto que constituyan por si mismas herramientas para garantizar el "libre mercado". En efecto, son instrumentos de la "política de la competencia" o de la "competitividad", la que puede ser limitativa o de apertura. Sobre la primera posibilidad no se debería olvidar que la experiencia en la región

<sup>1</sup> En general: BERNITZ; *Harmonisation et coordination de la législation du marché. La notion de droit du marché; Komparativstudie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer; Jurist-och Samhällsvetareförbundets; orlags AB, Estocolmo, 1969, pp. 570 y ss.*

<sup>2</sup> La disciplina jurídica sobre la represión de la competencia desleal vendría a ser la otra «cara de la medalla» del derecho de las restricciones de la competencia. Éste pretende corregir el ejercicio limitativo de la competencia mientras que en aquél se verifica un ejercicio «exagerado» o «desleal». Uno atenta contra la libertad de competencia mientras que el otro es consecuencia de la libertad. Sobre esta disciplina ver el magistral trabajo de MENENDEZ; *La competencia desleal*; Civitas, Madrid, 1988. Igualmente: BAYLOS CORROZA; *Tratado de Derecho Industrial*; Civitas, Madrid, 1978; OTAMENDI; *Comentarios a la ley de competencia desleal*; Aranzadi, Pamplona, 1994. Del mismo modo los trabajos sobre legislación suiza (inspiradora de la española y de varios países de América Latina): *La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale*; CEDIAC, Lausanne, 1988. PAZ ARES; *El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust (un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)*; *Revista de Derecho Mercantil*, 1991, España, pp. 7-148. *Id. Constitución económica y competencia desleal*; *Revista de Derecho Privado*, 1981, España, pp. 927-957.

demuestra que esta clase de legislación fue utilizada ampliamente como el mecanismo jurídico para impulsar el ahora agotado modelo de sustitución de importaciones. Como es sabido este último era cualquier cosa menos uno que privilegiara a la competencia.

### Contornos del Derecho del Mercado

El primer problema que enfrenta el Derecho del Mercado consiste en determinar sus contornos. Por cierto esta disciplina no constituye una de las categorías tradicionales del ordenamiento jurídico de América Latina y el Caribe, especialmente en países donde hasta hace poco el intervencionismo del Estado en lo procesos productivos había sido la regla. Como se sabe, durante las décadas pasadas -tal vez a lo largo de toda nuestra historia- los principios de libertad de empresa y comercio que le brindan sustento constitucional o eran intrascendentes económicamente o constituían un anatema desde la perspectiva política.

Del mismo modo, debido a que el mercado o el tráfico económico pertenecen al dominio de la economía, resulta difícil asimilar y emplear razonamientos de esta naturaleza en los procedimientos judiciales que previsiblemente pudieran surgir. Esta afirmación resulta particularmente válida para el caso de nuestra judicatura puesto que, como consecuencia de la adopción de diversa legislación de contenido eminentemente económico, tendrán que emplear razonamientos de esta índole al momento de intervenir en el procedimiento o resolver cualquier litigio.

El Derecho del Mercado incorpora nuevas instituciones y pone en tela de juicio la aplicación de muchos de los principios jurídicos a los que se encuentran tradicionalmente acostumbrados nuestros magistrados. Ejemplos de expresiones típicas son las siguientes: "la determinación del mercado relevante por la aplicación del componente producto en el supuesto de la distribución geográfica"; "la identificación de un comportamiento abusivo en el caso de posiciones dominantes en el mercado"; "las conductas concientemente paralelas de naturaleza horizontal"; "la acción de cesación en el supuesto de publicidad de tono excluyente que emplee el adjetivo superlativo"; "la medida de la inocencia del consumidor en los casos de promociones de venta que incluyan ventas atadas"; "la aplicación de la cláusula general prohibitiva de los comportamientos desleales en el supuesto de la comparación de sistemas económicos".

Estos y otros ejemplos brindan una clara indicación de la compleja diversidad temática que enfrenta o deberá enfrentar la administración de justicia de la región. A ello se debe agregar la inclusión o reformulación (por la vía legislativa o interpretativa) de diversas instituciones que se creían inamovibles. Por ejemplo: la inversión de la carga de la prueba, los testimonios, las facultades de investigación, el peritaje, la readecuación de los principios inspiradores y ejecutores de la responsabilidad extracontractual, la protección jurídica de los intereses de grupo o "acciones de clase", la legitimación activa, la publicación de la sentencia, las medidas de rectificación, etc.

### Derecho del Mercado y disciplinas afines

Lo señalado hasta ahora nos lleva a cuestionar la posibilidad de asimilar las disciplinas jurídicas que conforman el Derecho Regulador del Mercado a las categorías de "Derecho Privado" tradicional; en especial aquellas que se vinculan con el quehacer económico y entre las que ocupan lugar destacadísimo el Derecho Comercial o, con un mayor sentido de la modernidad, el Derecho Mercantil. En nuestra opinión ello no es factible puesto que el ahora en decadencia Derecho Comercial se circunscribe a los actos de comercio o del comerciante y se perfila como una categoría jurídica referida a los profesionales del comercio y, por extensión, de la industria. Este es el derecho de una clase (la comercial) y es de naturaleza pasiva en lo que respecta al tráfico económico. En otras palabras, no se pronuncia sobre el comportamiento del comerciante o industrial en el mercado y menos sobre las consecuencias de su comportamiento. Se limita a establecer las formalidades sobre la constitución, conformación y organización de la actividad comercial. Del mismo modo el Derecho Comercial no acoge las diversas disposiciones administrativas indispensables para ordenar la actuación de los comerciantes en el mercado, tal como ocurre en lugar destacado con las disposiciones sobre libre competencia- por ejemplo, el Derecho Comercial sólo se refiere a los aspectos formales de la absorción de una empresa pero no cuestiona si dicha fusión tiene consecuencias macroeconómicas<sup>3</sup>.

Lo señalado anteriormente también resulta válido para el caso del Derecho Mercantil. Si bien este derecho adiciona explícitamente a los industriales y a los elementos de los que disponen para intervenir en el mercado -tal como ocurre con los signos distintivos y las invenciones-; no cuestiona la manera como actúan los empresarios y tiende a desconocer

<sup>3</sup> BERCOVITZ; La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil; en: *Lecturas sobre la Constitución española*; II, Facultad de Derecho, Madrid, UNED, 1978. LOZANO & PINTO; La protección jurídica de los intereses difusos; Madrid, Impresiones Rufino García Blanco, 1983.

el papel que cumple el consumidor en el mercado. Por lo tanto resultaría difícil aplicar sus principios a instituciones tales como las “acciones procesales de clase” (sic) o incorporar la posibilidad de romper el “velo corporativo” (sic).

Categorías más amplias y de cierto auge en América Latina y el Caribe son el Derecho Industrial y el Derecho de la Empresa. La primera incluye a la propiedad intelectual, las disposiciones sobre concurso de acreedores (quiebras), las diversas normas administrativas que regulan el comportamiento empresarial, como son las de competencia y de publicidad, así como las relaciones entre el empresario y el trabajador, etc. Sin embargo esta categoría también posee una dimensión limitada dado que centra su atención en el industrial, no considerando a los oferentes de servicios ni a los consumidores. La segunda, el Derecho de la Empresa, es obviamente más amplia puesto que por empresario también se considera al oferente de servicios e, incluso, a las profesiones liberales. Sin embargo se debe reconocer que en el tráfico económico no sólo intervienen los empresarios. También lo hacen los consumidores y el Estado. Por ello es necesario no sólo tener en cuenta el punto de vista empresarial sino también el impacto en el consumidor y en la economía en su conjunto. Así por ejemplo, por eficiencia económica debería promoverse los cárteles de distribución. Sin embargo éstos pueden destruir a los pequeños y medianos empresarios y, a la larga, comprometer los intereses de los consumidores.

A partir de las diversas posibilidades que nos ofrece la doctrina también se podría hacer referencia al Derecho Económico y, en especial, al Derecho Penal Económico. Estos no dejan de constituir categorías atractivas para describir la actuación de los agentes o componentes del mercado. La dificultad que presentan es su amplitud de contenido y su aplicación restrictiva. En efecto, el Derecho Económico comprende -además de las referidas en los párrafos anteriores- todas aquellas disposiciones que se vinculan con un elemento patrimonial o que reflejan el quehacer económico en su sentido más extenso como son los Derechos Tributario, Laboral, Agrario, Minero, de Sucesiones, e incluso, el de Obligaciones. En lo que respecta al Derecho Penal Económico se presenta el problema de la interpretación, puesto que por aplicación de sus principios generales entrará en conflicto con las “cláusulas generales” que aparecen como el sustento de la normativa en referencia. Lo último debe tomarse en

cuenta al momento de decidir la clase de legislación que se adoptará. Por lo expuesto se podría afirmar que ninguna de las categorías jurídicas descritas hasta ahora son suficientes para describir el contenido y alcances de la normativa que conforma el Derecho del Mercado. Este deberá considerarse como una categoría nueva que posee reglas de aplicación e interpretación propias. Es más, es de prever que a semejanza de lo que ocurre en todos los países desarrollados, el Derecho del Mercado se proyecte como el que concita mayor atención dentro de los sectores judicial, económico, académico y profesional.

### **El Derecho del Mercado y el ordenamiento constitucional**

Tal como se puso de manifiesto anteriormente, el Derecho Ordenador del Mercado tiene por objeto regular los derechos y obligaciones de los actores o participantes en el mercado o tráfico económico. Es por lo tanto una disciplina jurídica ordenadora del comportamiento de quienes participan o desarrollan actividades económicas. Para mayor precisión, de quienes intervienen en el mercado.

El mercado, tal como también se resaltó, posee una dimensión geográfica que normalmente es el territorio de un Estado. Éste se encuentra regido por un conjunto de disposiciones que tienen en la Constitución a su norma fundamental. Esta, a su vez, determina las libertades, derechos, deberes y responsabilidades de los individuos, además de contener preceptos sobre la manera como se organiza el Estado. Como consecuencia consagra un sistema político particular que se expresa en lo que se conoce como “Constitución política”. En el caso de la gran mayoría de países de América Latina y el Caribe, sus Constituciones han optado por el sistema conocido como “democracia política”, el cual tiene como principios fundamentales el respeto a la libertad individual y la de no concentración del poder, también llamado “división de poderes”.

En paralelo a las disposiciones de naturaleza política, la Constitución también establece un conjunto de normas de contenido específicamente económico mediante las que se determinan los principios que rigen la actividad comercial o industrial de los individuos y del propio Estado. Este conjunto de preceptos constituyen lo que se ha dado en llamar “Constitución económica”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> La expresión «Constitución económica» tuvo su origen en la Alemania de Weimar. El debate sobre sus alcances se inició en la década de los años cincuenta y en paralelo a la concreción -hoy una realidad en muchos de los países de América Latina- del modelo constitucional denominado como «economía social de mercado». De acuerdo con su acepción amplia, por Constitución económica se entiende el conjunto de principios jurídicos que determinan la organización o funcionamiento del proceso económico de un modo fundamental o estable. RITTER; *Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht*; Heidelberg-Karlsruhe; 1979; pp. 24-25. Muchos autores

La noción de Constitución económica cobra especial importancia puesto que los preceptos económicos de la Constitución establecen el marco dentro del que deben actuar los individuos (en su calidad de intervinientes en el mercado) y el propio Estado. Del mismo modo suponen una opción, lo que no es otra cosa que la elección de un sistema particular que, en rigor, debería ser consonante con la contraparte política. En otras palabras, también serían de aplicación los principios de libertad individual y de no concentración del poder. En el caso de la mayoría de países de la región, el sistema elegido es el de libre mercado<sup>5</sup> o su variante, la economía social de mercado<sup>6</sup>. Por lo tanto, el sistema debería sustentarse en los principios de libertad de industria y comercio, y en el de no concentración del poder económico respectivamente. Dicho esto resulta fácil comprender la importancia de las disciplinas jurídicas ordenadoras del mercado, entre las que la normativa antimonopólica ocupa el lugar más desta-

cado. En efecto, las disposiciones sobre libre competencia son la expresión legislativa del principio de libertad individual conocido como de "industria y comercio", y su objetivo no es otro que evitar la concentración del poder, en este caso, económico.

### El Principio de Libertad de Industria y de Comercio

Tal como se afirmó anteriormente, el principio de libertad de industria y de comercio está consagrado en la mayoría de las Normas Fundamentales de América Latina y el Caribe. Tanto la terminología empleada -en ocasiones ambigua o contradictoria- como su ubicación dentro del texto constitucional varía de país a país<sup>7</sup>.

Cualquiera que sea la formalidad, lo relevante consiste en destacar que se verifica una norma que consagra el libre ejercicio de una actividad económi-

han tratado sobre su naturaleza y alcances sin que se haya llegado a establecer criterios unánimes (ALPA, BALLERSTEDT, EHMKE, FONT GALAN, GALGANO, GARCIA PELAYO, GHIDINI, MENEDENDEZ, POLO DIEZ, STRAUSS, SOMBART). Por ello conviene destacar lo expuesto por García Pelayo quien afirma que «aunque no hay unanimidad en cuanto al contenido concreto del concepto (de Constitución económica), podemos considerar como tal a las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico». GARCIA PELAYO; Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución; En: Estudios sobre la Constitución española de 1978. Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1979, pp. 31. Para un recuento de las diversas posibilidades esgrimidas por la doctrina. Ver: FONT GALAN; Constitución Económica y Derecho de la Competencia, Tecnos, Madrid, 1987, Nota N° 250, pp. 132-135.

<sup>5</sup> Sorprendentemente muy poco ha escrito la doctrina en español sobre lo que constituye una economía de mercado. En ésta los planes y las acciones de las unidades independientes son coordinadas por mediación del mercado y se encuentran ligadas por relaciones de cambio que ajustan las diferentes fuerzas. Un sistema de economía de mercado o «descentralizada» (por oposición a la centralmente planificada) se define por los siguientes rasgos: (1) El mercado está constituido por centros económicos distintos, ligados entre sí por relaciones de cambio, que ponen en contacto las diversas fuerzas; estos son centros de producción, de oferta de factores, y de consumo; (2) la empresa es la única unidad económica de producción que asegura la ligazón entre los mercados de bienes y servicios y los mercados de factores productivos; (3) el dinero sirve de común denominador de las experiencias de los sujetos económicos; los precios y las relaciones entre bienes y dinero expresan y miden las tensiones de escasez de la vida económica y establecen el equilibrio económico; (4) El Estado ejerce solamente una acción indirecta y global: el Estado está siempre presente en la actividad económica, pero, en este aspecto, son los caracteres de esa intervención los que resultan decisivos: (a) Intervención directa con respecto a la libertad de decisión de los demandantes, de los oferentes y, en definitiva, con respecto a la formación de los precios, de modo que la libertad de disposición de los sujetos económicos no es eliminada; la economía está solamente orientada. (b) La intervención reviste un carácter global: la intervención del Estado se dirige sobre los «grandes trazos» de la vida económica, esto es, condiciones de distribución de la renta, nivel de la demanda efectiva y, muy especialmente, la reglamentación de la competencia. Ver: ENTRENA CUESTA; El principio de la libertad de empresa; En: El modelo económico de la Constitución española; Instituto de Estudios Económicos; Vol I; pp. 110-111.

<sup>6</sup> Las características fundamentales de un sistema de economía social de mercado son (1) el mecanismo de coordinación de las decisiones descentralizadas lo constituye el mercado, por lo que debe asegurarse su funcionamiento; (2) debe garantizarse la libertad de acceso al mercado eliminando obstáculos que puedan existir; (3) debe asegurarse la libertad monetaria; (4) ha de existir constancia en la política económica, sin perjuicio de la dinámica de los procesos sociales, con el fin de limitar los riesgos de los agentes económicos a los que corresponden las decisiones; (5) debe estar garantizada la propiedad privada de los medios de producción, responsabilizando a la propiedad en función de sus oportunidades de rendimiento y asegurando que los resultados correspondan a las aportaciones reales del mercado; (6) la libertad de actuaciones contractuales. La efectividad de este orden de economía social de mercado exige una serie de actuaciones por parte del Estado: (1) garantizar la capacidad de la competencia en el mercado para que funcione como mecanismo de control de los monopolios y oligopolios, evitando o reduciendo la concentración de poder en el mercado, ordenando, completando y fomentando la competencia; (2) debe actuar en el proceso de distribución para corregir los resultados del mecanismo del mercado mediante una política de rentas y patrimonios; (3) debe actuar en el campo coyuntural con el fin de dar constancia a los procesos económicos; (4) interviene en actuaciones estructurales en las actividades que no puede acometer el sector privado por su riesgo indefinido o por su largo periodo de tiempo; (5) realiza una política social que asegure las prestaciones necesarias a los individuos cuyas necesidades no pueden satisfacerse vía mercado y con el fin de que el sistema social afirme la propia libertad individual. ENTRENA CUESTA; Op. cit.; pp. 112-113.

<sup>7</sup> En efecto ni en la región ni en el resto del mundo existe una terminología uniforme para describir este principio. En algunos se denomina «libertad de comercio» y en otros se le adiciona el término «industria». Hay países que se refieren a la «libertad de empresa» o «libertad empresarial». También los que mencionan el principio de «libertad económica» o de «libre iniciativa privada». En lo que respecta a su ubicación, puede estar incluido dentro del articulado sobre las libertades individuales, sobre los derechos de la persona, sobre el régimen económico, etc.

ca. Ella tiene su origen en el Siglo XVIII durante la Revolución Francesa y se alcanza claramente con la eliminación (al menos formal) del denominado modelo económico corporativista<sup>8</sup>.

La ruptura con el corporativismo significó eliminar el sistema mediante el cual el desarrollo de las actividades económicas era privilegio de los individuos que integraban la corporación, asociación o gremio, y también de quienes gozaban del denominado "privilegio real de industria" (mercantilismo). A partir de la consagración del principio de libre comercio e industria, las actividades económicas pueden ser llevadas a cabo por cualquiera que lo desee, sin que para ello se requiera de una autorización previa.

El principio posee consecuencias muy interesantes para el Derecho del Mercado y, en especial, para el de la competencia. Ello debido a que uno de sus objetivos primordiales es precisamente garantizar el acceso al mercado; en otras palabras, la posibilidad de "concurrir"<sup>9</sup> libremente en él. Del mismo modo, el principio de libertad de empresa no significa que los agentes económicos tengan la facultad de llevar a cabo actividades de esta naturaleza con prescindencia de ciertas reglas de comportamiento mínimas (establecidas a favor de la empresa, los consumidores y del propio sistema). Este principio garantiza el libre acceso pero no el ejercicio irrestricto de esa libertad.

Dicho esto es posible identificar el sustento constitucional de la normativa ordenadora del mercado. En primer lugar, si el principio garantiza la libertad de elección económica tanto para los empresarios como para los consumidores, es claro que el Estado no debe sustituir a los agentes privados -salvo excepciones- en el proceso de decisión. En segundo lugar, si no es necesario pertenecer a un gremio o corporación, cualquiera podrá concurrir en el mercado. En tercer lugar, si cualquiera tiene derecho a concurrir en el mercado, es obvio que hallarán resistencia por parte de quienes ya están, por lo que el

proceso de interacciones entre unos y otros sólo se puede calificar como un proceso de competencia.

El razonamiento anterior es particularmente relevante para el Derecho de la Competencia dado que, en la medida en que la legislación antimonopólica establece las reglas de comportamiento de la competencia (el *modus operandi* del principio de libre comercio), ella encuentra sustento en este principio constitucional. Del mismo modo, la normativa que integra el Derecho del Mercado se debe percibir como la que expresa los principios ordenadores o la noción organizativa de la vida económica de aquellos países que, como en el caso de América Latina y el Caribe, han optado por el modelo económico de libre mercado. Libre mercado no es otra cosa que libre competencia.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora no significa que la normativa ordenadora del mercado se desarrolle exclusivamente a partir del principio sujeto a comentario. La tendencia generalizada apunta a consagrar -en paralelo o como complemento- una o más disposiciones en las que explícitamente se prohíben los monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia, etc. Igualmente se verifica la paulatina incorporación de preceptos en los que se reconoce el papel que juega el consumidor. Sin embargo, tanto las primeras como los segundos vienen a complementar o precisar el mandato sobre libertad de comercio o industrial, libre empresa, libre mercado o libre iniciativa privada. La ausencia de una mención expresa a la libre competencia, a la prohibición de los monopolios o a la protección del consumidor no significa que la legislación que el Estado pudiera adoptar sobre estos particulares adolezca de sustento constitucional o que su rango sea secundario. Por el contrario, la legislación sobre libre competencia debe considerarse como la principal en lo atinente a la dimensión económico-jurídica de un país adscrito a una economía de mercado. Más aún, cualquier actividad o comportamiento que colisione con este principio, no sólo tendrá visos de ilegalidad sino de inconstitucionalidad.

<sup>8</sup> El hito se produce en Francia con la Leyes 2-17 de Marzo de 1791 (Decreto d'Allarde) y 14-17 de Junio de 1791 (Ley Le Chapelier). El texto del Decreto d'Allarde guarda grandes semejanzas con lo que señala muchas de las Constituciones de América Latina. Dice lo siguiente: «A partir del próximo 1 de Abril toda persona será libre de llevar a cabo el negocio o ejercer la profesión, arte u oficio que mejor le convenga». La Ley le Chapelier se opone a la constitución de corporaciones y prohíbe a quienes las organizan «establecer reglas de comportamiento que reflejen sus pretendidos intereses comunes». Con estas disposiciones se establece formalmente el sistema de libre competencia. Ver: AZÉMA; *Le droit français de la concurrence*; Dalloz, París, 1981, p. 25. Sobre la perspectiva histórico-jurídica de la noción de libertad de industria ver: FARJAT & REMICHE (Compilación); *Liberté et Droit Économique*; Association Internationale de Droit Économique, De Boeck, Bruselas, 1992. En especial la contribución de BART; *Perspective Historique*, pp. 24-39. En español: GHIDINI; *La competencia desleal. Desde las corporaciones al corporativismo*; Revista de Derecho Mercantil; España, 1975, pp. 748. DONATTI; *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico: appunti per una ricostruzione storica*; Rivista di Diritto Industriale, Italia, 1992, pp. 261-445.

<sup>9</sup> La Palabra «concurrir» se traduce en francés como *concurrence*, lo que también equivale a la palabra en español «competencia».

## LA NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA

### La terminología empleada

Del conjunto de disciplinas jurídicas que conforman el derecho regulador u ordenador del mercado, la referida a la competencia es, sin lugar a duda, la de mayor importancia y trascendencia económica. Ésta se denomina indistintamente como de "libre competencia", de "defensa de la competencia", de "promoción de la libre competencia", "antimonopolios", de las "prácticas comerciales restrictivas", "anticárteles", o "*antitrust*". En adelante las denominaciones deberán considerarse equivalentes.

No existe una regla general en lo atinente a la calificación de las leyes sobre las prácticas comerciales restrictivas. Los diferentes títulos adoptados suelen reflejar los objetivos y el rango de la ley, así como la tradición jurídica del país. Cabe tener en cuenta los ejemplos siguientes: Australia, Ley sobre las prácticas comerciales; Bélgica, Ley sobre la protección de la competencia económica; Colombia, Ley sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; Francia, Decreto relativo a la libertad de precios y de competencia; Alemania, Ley contra las restricciones de la competencia; India, Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas; Italia, Reglamento de defensa de la competencia y el mercado; Jamaica, Ley de competencia leal; Kenia, Ley sobre las prácticas comerciales restrictivas, los monopolios y el control del comercio; España, Ley de defensa de la competencia; Pakistán, Decreto sobre represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, Perú, Decreto Legislativo contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; Polonia, Ley de represión de las prácticas monopolísticas; República de Corea, Ley de comercio leal y de regulación de los monopolios; Federación de Rusia, Ley sobre la competencia y la restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos; Sri Lanka, Ley de comercio leal; Reino Unido, Leyes sobre el comer-

cio leal, las prácticas comerciales restrictivas, los precios de reventa y la competencia; Estados Unidos de América, Leyes *antitrust*; Venezuela, Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia.

### Objetivos o propósitos de la legislación

El objetivo de la ley viene a ser, en líneas generales, controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición y/o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional, internacional o el desarrollo económico<sup>10</sup>.

Muchos países tienden a indicar otros objetivos concretos como son la creación, el fomento y la defensa de la competencia, el control de la concentración del capital o del poder económico, el fomento de las innovaciones, la protección y promoción del bienestar social. Del mismo modo, existe un creciente número de países que se refieren a la protección de los consumidores como uno de los objetivos de la legislación. Es más, en algunos de ellos, como es el caso de Costa Rica, Colombia y Perú, la legislación sobre el consumidor está vinculada mediante la misma ley o una administración común.

Entre los diversos objetivos que mencionan las legislaciones nacionales, se incluyen los que a continuación se indican. En Canadá: "defender y fomentar la competencia a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía, de ampliar las oportunidades de participación en los mercados mundiales, reconociendo al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera, de velar porque las empresas pequeñas y medianas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía y de ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos"<sup>11</sup>; en Dinamarca: "fomentar la competencia y reforzar así la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios, etc., por medio de la máxima

<sup>10</sup> Definición propuesta por el Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas. Sus actividades se llevan a cabo en el seno de la UNCTAD. En adelante se empleará, en la medida de lo posible, la terminología de GIE puesto que corresponde a los trabajos del único mecanismo multilateral sobre competencia y debido a que refleja un consenso internacional en la materia. Sus trabajos se desarrollan sobre la base del mandato contenido en la Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la que se aprueba el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas. En particular, los trabajos de su denominada Ley Modelo (TD/B/RBP/81/rev.4) de la que es responsable el autor de la presente ponencia.

<sup>11</sup> Ley sobre la competencia, de 1986, artículo 1.1.



transparencia posible de las condiciones de competencia<sup>12</sup>; en Noruega: "conseguir la eficiente utilización de los recursos de la sociedad, proporcionando las condiciones necesarias para una competencia efectiva"<sup>13</sup>; en Perú: "eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores"<sup>14</sup>; en la Federación de Rusia: "prevenir, limitar y suprimir las actividades monopolísticas y la competencia desleal, y asegurar las bases para la creación y el eficiente funcionamiento de los mercados de productos"<sup>15</sup>; en Suecia: "afrontar y eliminar los obstáculos a una competencia efectiva en la esfera de la producción y el comercio de bienes, servicios y otros productos"<sup>16</sup>; en Estados Unidos: "una carta general de la libertad económica destinada a preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas"<sup>17</sup>; en Venezuela: "promover y proteger el ejercicio de la libre competencia," así como "la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores"<sup>18</sup>; las disposiciones del Grupo Andino se refieren a "prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la competencia"<sup>19</sup>.

### Ámbito de aplicación

En principio la normativa sobre libre competencia se aplica a las empresas<sup>20</sup> con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes,

servicios o propiedad intelectual. Del mismo modo se aplica a toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas. Sobre este último particular, la totalidad de las leyes nacionales de la región se aplican tanto a las empresas como a las personas porque la disuasión y la reparación pueden ser más eficaces en el ámbito nacional si los propietarios o administradores de las empresas pueden ser tenidos personalmente por responsables de las violaciones en que incurrir o que autorizan.

Aspecto importante sobre la noción de empresa es que, al igual que ocurre con el resto del mundo, también deben considerarse como "empresas" a las asociaciones profesionales. Como actualmente ninguna de las leyes vigentes en la región lo señala explícitamente, esto deberá alcanzarse por la vía de la interpretación. Por excepción no se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales que hayan sido impuestos por el Estado o las administraciones locales. Sin embargo, conviene señalar que en la mayoría de países con leyes modernas sobre defensa de la competencia, la ley se aplica tanto a las empresas estatales como a las empresas privadas.

### Los acuerdos o convenios limitativos de la competencia

Los convenios o acuerdos entre empresas constituyen una de las principales modalidades que limitan la competencia. Sobre el particular, la totalidad de la legislación de la región posee una cláusula general prohibitiva de esta clase de comportamientos. Los

<sup>12</sup> Ley sobre la competencia, de 1989, artículo 1.

<sup>13</sup> Ley 65 de 11 de junio de 1993 relativa a la competencia en las actividades comerciales, artículo 1-1 (Propósito de la Ley). Se conoce a la ley como Ley sobre la competencia y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

<sup>14</sup> Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 2.

<sup>15</sup> Ley de 30 de mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas que afectan a los mercados de productos, artículo 1.

<sup>16</sup> Ley sobre la competencia (1993:20), de 14 de enero de 1993, artículo 1.

<sup>17</sup> *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L.Ed.2d 545, 549 (1958).

<sup>18</sup> Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, artículo 1.

<sup>19</sup> Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículo 1.

<sup>20</sup> GALÁN CORONA; *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Capítulo IV, pp. 133-186. Montecorvo, Madrid, 1977. FRIGNANI & WAELBROECK; *Disciplina della Concorrenza nella CEE*, Capítulo II, pp. 17-32; Jovene Editore, Nápoles, 1983. KORAH; *EC competition law and practice*; 5 Ed.; Capítulo II, pp. 37-45; Sweet and Maxwell, Londres, 1994.

acuerdos son fundamentalmente de dos tipos: horizontales y verticales<sup>21</sup>.

Los convenios horizontales son los celebrados entre empresas que se dedican en general a las mismas actividades, es decir, entre productores, entre mayoristas o entre minoristas de un mismo género de productos. Igualmente entre los que ofrecen la misma gama de servicios. Los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos escalones del proceso de fabricación y distribución; por ejemplo, entre fabricantes de componentes y fabricantes de productos en los que se incorporan esos componentes, entre productores y mayoristas o entre productores, mayoristas y minoristas. Algunos convenios pueden ser a la vez horizontales y verticales, como los convenios de fijación de precios.

Los convenios o acuerdos pueden ser tanto escritos como verbales (los denominados "pactos de caballeros"), y la legislación normalmente no distingue entre ellos. Por ello la prohibición de acuerdos abarca cualquier tipo de pacto. A este respecto la legislación de Pakistán define el término "convenio" como "todo acuerdo o avenencia, formalizado o no por escrito y destinado o no a ser jurídicamente exigible"<sup>22</sup>. Las leyes de la India<sup>23</sup> y de Sudáfrica<sup>24</sup> contienen una definición similar. Las leyes de Polonia<sup>25</sup> y de la Federación de Rusia<sup>26</sup> hacen referencia a los "convenios sea cual sea su forma". El enunciado de la ley de España<sup>27</sup> es especialmente generoso y abarca múltiples posibilidades que van más allá de los convenios, es decir, toda "decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela". En el ámbito regional cabe destacar, por ejemplo, que Perú<sup>28</sup> y Venezuela<sup>29</sup> adoptan

un criterio análogo. Lo mismo ocurre con la normativa del Pacto Andino<sup>30</sup>.

Cuando los acuerdos son por escrito, no puede surgir ninguna controversia jurídica sobre su existencia misma, aunque sí sobre su significado. Ahora bien, es usual que las empresas suelen abstenerse de concertar convenios escritos, especialmente cuando están prohibidos por la ley. La práctica consiste en establecer convenios officiosos o verbales, los cuales plantean el problema de su probanza puesto que tiene que demostrarse que ha habido entre las empresas alguna forma de comunicación o conocimiento compartido de las decisiones comerciales, y que ésta se ha traducido en una actuación concertada o en conductas paralelas. Por consiguiente, la prueba de la actuación concertada en tales casos se basa en indicios lo cual, a su vez, supone una labor de investigación particularmente importante que, en la mayoría de los casos, trasciende la simple compilación documental. Será necesario, por ejemplo, adelantar investigaciones sobre el comportamiento de los precios en el mercado; revisar las agendas de los ejecutivos; contar con servicios de "investigación officiosa"; y hacer acopio de otras pruebas mediante mecanismos poco usuales para la práctica judicial latinoamericana. Otra forma importante de probar la existencia de un acuerdo verbal, muy superior a la prueba de la conducta paralela, es el testimonio directo de testigos. Empero, ello genera dificultades debido al desprestigio o falta de credibilidad que en la región posee el testimonio como medio probatorio.

Lo dicho hasta ahora apunta a resaltar la necesidad de que nuestros magistrados tengan buenos conoci-

<sup>21</sup> GALÁN CORONA; *op. cit.*

<sup>22</sup> Decreto sobre la represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1970 (reforma de 1983), artículo 2, párrafo 1, apartado a).

<sup>23</sup> Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1969 (reformada por la Ley 58 de 1991), artículo 2, apartado a).

<sup>24</sup> Ley de defensa y fomento de la competencia, de 1979, artículo 1, párrafo x), apartado a).

<sup>25</sup> Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990, artículo 2, párrafo 3, apartado b).

<sup>26</sup> Ley de 30 mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 6 (II).

<sup>27</sup> Ley de defensa de la competencia, de 1989, en especial el artículo 1, sobre «Conductas prohibidas».

<sup>28</sup> Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 6.

<sup>29</sup> Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, de 1991, artículo 5.

<sup>30</sup> Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, artículo 3.

mientos de economía, mercadotecnia, ciencias contables, etc., para enfrentar satisfactoriamente los instrumentos probatorios documentales (estadísticas, informes económicos, etc.) que les sometan las partes en el procedimiento. Es más, deberán saber qué otros documentos de naturaleza económica será necesario requerir para obtener un panorama completo del caso y, consecuentemente, interpretarlos en su verdadera dimensión. A este nivel es muy probable que la institución de los peritos se verá potenciada.

Dentro de las diversas modalidades de convenios o acuerdos que normalmente prohíbe la legislación pueden destacarse los que se describirán a continuación a título de ejemplo.

### **Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta**

La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se considera en muchos países ilícita. Este es el caso de la totalidad de las leyes vigentes en América Latina y el Caribe. La fijación de precios puede producirse en cualquier etapa del proceso de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre los precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados. También puede consistir en convenios relativos a formas específicas de cálculo de los precios, incluidos la concesión de descuentos y rebajas, la elaboración de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre los precios.

### **Las licitaciones colusorias<sup>31</sup>**

Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios en las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para "dejar fuera" a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano al ganador de la buena pro mediante rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensación de los licitantes a los que no se haya

adjudicado el contrato basado en determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre los licitantes a quienes no se haya adjudicado el contrato.

La licitación colusoria es ilegal en la mayoría de los países de la región y aun los países que no cuentan con disposiciones legales especiales sobre libre competencia disponen a menudo de una normativa especial sobre las licitaciones. La mayoría de los países de mundo tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales. Ello se debe a sus aspectos fraudulentos y especialmente a sus efectos perjudiciales en las compras del Estado y el gasto público.

### **La repartición de los mercados o de la clientela**

Otra modalidad de acuerdos que prohíbe la totalidad de la legislación de la región son los de repartición geográfica de los mercados y de la clientela. Éstos implican la asignación a determinadas empresas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata. Tales acuerdos tienen por objeto, en especial, consolidar o mantener determinada estructura del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de su clientela o sus mercados respectivos. Tales acuerdos pueden ser restrictivos con respecto a una determinada línea de productos o con respecto a un determinado tipo de clientela.

Los acuerdos de repartición de los mercados se dan tanto en el comercio interno como en el internacional. En este último caso frecuentemente suponen una repartición del mercado internacional de base geográfica que responde a unas relaciones entre proveedores y compradores previamente establecidas. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra.

### **Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas**

Los acuerdos de repartición de mercados también pueden concebirse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de estar basados en una distribución de territorios o de clientela. Tales restricciones se aplican a menudo en los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de los precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar los suministros

<sup>31</sup> Véase «Licitaciones colusorias», estudio preparado por la secretaría de la UNCTAD (TD/B/RBP/12).

a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota a que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.

### **La negativa concertada a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios**

Las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, los miembros del cártel pueden pactar entre ellos que no venderán o no comprarán a determinados clientes) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción y distribución negándose a tratar con un tercero, normalmente un competidor de una de ellas).

El boicoteo se considera ilegal en todos los países de la región que cuentan con legislación antimonopólica, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de imposición colectiva de precios de reventa y los de exclusividad.

### **La negación colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia**

En la esfera de la producción y venta de bienes y servicios es conveniente ser miembro de asociaciones industriales, profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y, en circunstancias normales, se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo tal que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, o bien creando un "coto cerrado"<sup>32</sup>.

Esta modalidad deberá ser particularmente analizada en América Latina y el Caribe puesto que, a diferencia de los países desarrollados, la falta de conocimiento de la normativa puede hacer que las

asociaciones empresariales se constituyan como el foro idóneo para convenir acuerdos limitativos de la competencia.

### **Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado**

Debido a la alta concentración de sus economías, el tema de la posición dominante en el mercado es de suma importancia en el caso de los países de América Latina y el Caribe. Del mismo modo, debido a los procesos de "privatización" se verifica la tendencia general de dejar estas situaciones a cargo de las empresas privatizadas.

Por posición dominante en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o varias empresas. Tal control puede cuantificarse de acuerdo con las cuotas del mercado, la cifra anual total de negocios, el volumen de los activos, el número de empleados, etc; también debería centrarse en la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima (o hacerlos disminuir por debajo) del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. En algunos países, que no es el caso de la región, la ley especifica la cuota de mercado que debe corresponder a una o varias empresas para que pueda considerarse que existe una posición de dominio o situación monopolística. Cabe destacar que la legislación no castiga la posición dominante en el mercado. Ataca el abuso de la misma.

Los criterios específicos para la definición del abuso de una posición de dominio en el mercado pueden ser difíciles de establecer. Además de la cuota de mercado, las ventajas estructurales que posean ciertas empresas pueden tener una importancia decisiva. Por ello será necesario el análisis del caso concreto y la aplicación de determinados criterios o indicadores que podrán servir para determinar si existió o no una posición dominante.

A continuación se describen algunos de ellos<sup>33</sup>.

#### **Fijación de precios por debajo del costo para eliminar los competidores**

Una de las formas más corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse como "fijación abusiva de precios". Las empresas observan tal

<sup>32</sup> El asunto *Associated Press (AP) c. Estados Unidos* sirve para ejemplificar este punto. 326 U.S., 165S Ct. 1416, 86L. Ed. 2013, revisión denegada 326 (802) 1945. Para más detalles, véase el documento TD/B/RBP/15/Rev. 1, párr. 54.

<sup>33</sup> VILA COSTA, El «abuso de posición dominante» en la CEE, Capítulo IV, pp. 167-224; Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979.

conducta para eliminar a las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto mayor sea la diversificación de las actividades de la empresa en cuanto a productos y mercados y sus recursos financieros, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva<sup>34</sup>.

### La fijación de los precios de reventa

La fijación de los precios de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele también denominarse imposición de precios de reventa. Esta modalidad abusiva está prohibida en muchos países del mundo y en la totalidad de los que en la región cuentan con legislación especial.

### Restricciones a la importación

La imposición de restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados. Esta posibilidad puede ser cubierta por la legislación antimonopólica o, tal como ocurre con el Grupo Andino, por la legislación sobre propiedad industrial. Este tema se encuentra estrechamente vinculado con el del agotamiento internacional del derecho de marcas y el de las importaciones paralelas<sup>35</sup>.

### Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control

La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes. Fusión es la unión de dos o más empresas como resultado de la cual una o varias de ellas pierden su identidad jurídica o económica y se crea una empresa única<sup>36</sup>. La absorción de una empresa

por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o de un número suficiente de acciones de tal forma que le permita a la segunda ejercer el control sin el consentimiento de la primera. La empresa conjunta supone la creación de una empresa distinta por dos o más empresas. Tales adquisiciones de control conllevan, en algunos casos, a una concentración de poder económico que puede ser horizontal (por ejemplo, la adquisición de un competidor), vertical (por ejemplo, entre empresas en diferentes escalones del proceso de fabricación y distribución) o heterogénea (que abarca diferentes tipos de actividades). En algunos casos, tales concentraciones pueden tener al mismo tiempo carácter horizontal y vertical.

Todos los países de la región, salvo Perú, han establecido un sistema de control o notificación previo a fin de monitorear las fusiones y otros modos de adquisición de control. La notificación sólo debería ser obligatoria cuando las empresas de que se trate poseen cierto grado de concentración. Los principales indicadores utilizados para examinar esa concentración de poder económico son las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total. Para evaluar los efectos de una adquisición también se tienen en cuenta otros factores, en especial la estructura general del mercado, el grado existente de concentración en el mismo, la barreras a la entrada o penetración en el mercado y la posición competitiva de otras empresas en el mercado relevante, así como las ventajas de que se goce y las que vayan a obtenerse mediante la adquisición.

Dentro del marco de las fusiones cabe destacar muy especialmente a las adquisiciones de control de carácter horizontal. Estas son evidentemente el tipo de actividad que contribuye más directamente a la concentración de poder económico y que tiene más probabilidades de traducirse en una posición dominante en el mercado, reduciendo o eliminando así la competencia. Esta es la razón por la cual la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de muchos países desarrollados y países en desarrollo aplica un control estricto a la fusión o integración de empresas competidoras. De hecho, uno de los fines principales de la legislación de represión de los monopolios ha sido el control del crecimiento del

<sup>34</sup> El caso más ilustrativo posiblemente sea: *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*; 105/77, 23 de mayo de 1978 E.C.R. 1139, (1978) 3 C.M.L.R. 217, CMR 8466.

<sup>35</sup> MASSAGUER; Mercado común y patente nacional (Agotamiento comunitario y protección territorial absoluta); BOSCH; Barcelona, 1989. DE LAS HERAS LORENZO; El agotamiento del Derecho de marca; Montecorvo, Madrid, 1994.

<sup>36</sup> DARAMAS PELAEZ; Concentración de empresas y defensa de la competencia (Las fusiones ante el derecho *antitrust*); Vol. I y II, Madrid, Colegio Universitario de San Pablo, 1982, CERRAI; *Concentrazioni di imprese e concorrenza*, Milano, Giuffrè Editore, 1983.

poder monopolístico que a menudo se crea como resultado directo de la integración de competidores en una sola unidad.

Las adquisiciones de control de carácter horizontal no se limitan a las fusiones sino que también pueden realizarse por medio de absorciones, empresas conjuntas o la vinculación por consejeros comunes. La adquisición de control de carácter horizontal, incluso entre pequeñas empresas, aunque no redundan necesariamente en perjuicio de la competencia en el mercado puede, sin embargo, crear condiciones que provoquen una nueva concentración de poder económico y de oligopolios

Las adquisiciones de control de carácter vertical afectan a empresas que se encuentran en escalones diferentes del proceso de producción y distribución y pueden producir una serie de efectos perjudiciales. Por ejemplo, una empresa proveedora que se fusiona con una empresa cliente o adquiere su propiedad puede ampliar su control sobre el mercado al excluir un punto de distribución efectivo o potencial de los productos de sus competidores. Mediante la adquisición de una empresa proveedora, una empresa cliente puede así mismo limitar el acceso al mercado de los suministros de sus competidores.

Las adquisiciones de control de carácter heterogéneo que no consisten en la unión de competidores ni en el establecimiento de relaciones verticales (es decir, formas de diversificación de actividades para dedicarse a sectores totalmente ajenos) son más difíciles de regular, ya que la estructura de la competencia en los mercados relevantes puede no cambiar en apariencia. En este contexto el elemento más importante que debe tomarse en consideración es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo. Un aumento considerable de la fuerza financiera de la empresa fusionada puede proporcionar un margen más amplio de actuación e influencia frente a los competidores o los competidores potenciales de la empresa adquirente y la empresa adquirida, especialmente si una de ellas o las dos gozan de una posición dominante en el mercado.

Una modalidad interesante a nivel del control de fusiones y concentraciones, que además es usual en la región, está dada por la vinculación mediante directores comunes. Esta se produce cuando una persona es miembro del directorio o de los consejos

de administración de dos o más empresas o cuando representantes de dos o más empresas forman parte del directorio o del consejo de administración de otra empresa. Este tipo de vinculación comprende a los consejeros o directores comunes de sociedades matrices, de la casa matriz de una empresa y de la filial de otra sociedad matriz o a filiales de matrices diferentes. Estas situaciones suelen derivarse de la propiedad común de acciones y de lazos financieros.

La vinculación mediante directores o consejeros comunes puede afectar a la competencia de varias maneras. Puede dar lugar a un control administrativo en virtud del cual las decisiones relativas a las inversiones y la producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas en materia de precios, repartición de mercados y otras actividades concertadas. La vinculación mediante directores o consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades como, por ejemplo, entre proveedores y clientes, desalentar la expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos. Los vínculos entre los consejos de administración o directorios de empresas financieras y empresas no financieras pueden originar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores y actuar como catalizador de adquisiciones de control de carácter vertical-horizontal o heterogéneo.

Es importante señalar que la vinculación por medio de consejeros o directores comunes, si no se controla eficazmente, puede utilizarse como medio para eludir toda legislación bien formulada y rigurosamente aplicada en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas<sup>37</sup>. Por consiguiente, muchos países hacen obligatoria la notificación de las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación previa de ese tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo.

### **El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización**

Las leyes y reformas legislativas promulgadas recientemente en distintos países ponen de manifiesto la tendencia a la creación de nuevos órganos de represión de las prácticas comerciales restrictivas o la modificación de los existentes para conferirles

<sup>37</sup> La situación no tiene que examinarse sólo en lo concerniente a los consejos de administración o directorios. En los Estados Unidos es ilegal, no sólo que un miembro del consejo de administración de una sociedad sea también miembro del consejo de administración de una sociedad competidora, sino también que lo sea uno de sus ejecutivos.

mayores facultades y aumentar la eficiencia de su funcionamiento. Esto es particularmente válido en la región donde, en los últimos 4 años, se han adoptado o reformado disposiciones sobre libre competencia. Del mismo modo se vincula estrechamente con todas las actividades que el BID está impulsando dentro del marco de lo que denomina "monetización de los sistemas jurídicos"<sup>38</sup>

En algunos casos se ha procedido a la fusión de distintos órganos facultados para ejercer las funciones en el campo de las prácticas comerciales restrictivas, o la protección al consumidor. Así ocurre, por ejemplo, en Costa Rica, Jamaica (en parte), Colombia<sup>39</sup>, y Perú<sup>40</sup>. Así también se viene analizando para el caso de Bolivia, El Salvador, Guatemala y República Dominicana.

No es el caso indicar cuál debiera ser el órgano apropiado. Tampoco señalar de qué modo debería encuadrarse el órgano en el aparato administrativo o judicial de un país determinado. Se trata de una cuestión que debe ser decidida por cada país. En todo caso se debe partir del supuesto de que el tipo de órgano administrativo más eficiente probablemente es un organismo público de naturaleza autónoma, como el recientemente reestructurado Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) de Brasil, con amplias facultades administrativas y cuasi judiciales para realizar investigaciones, adoptar decisiones y, de ser posible, aplicar sanciones. En paralelo se debería prever la posibilidad de recursos a un órgano judicial superior.

El número de personas o miembros que integran el órgano varía según los países. En algunas legislaciones ese número no es fijo y puede oscilar entre un mínimo y un máximo. Otros países señalan en su legislación el número exacto de miembros, por ejemplo, Argentina, Brasil y Perú. Otros países, como

Australia, dejan que el organismo competente determine libremente el número de miembros. En muchos países la ley prevé la libre designación del Presidente y los miembros de la Comisión por el órgano supremo de la administración. En otros la ley designa el alto funcionario de la administración que debe ocupar el cargo. En Argentina, el Presidente de la Comisión es un Subsecretario de Comercio y los miembros son nombrados por el Ministro de Economía<sup>41</sup>. En la mayoría de países, la publicación de los nombramientos en los boletines oficiales es obligatoria. Algunas legislaciones establecen la estructura interna y el funcionamiento del órgano, así como su reglamento, mientras que otras dejan que esos detalles los decida el órgano mismo.

En algunos países se observa la tendencia a un cambio parcial o total en lo que se refiere al origen de los miembros de los órganos nacionales encargados del control de las prácticas comerciales restrictivas. Así sucede en Chile, donde con arreglo a la legislación anterior los miembros de la Comisión Resolutiva eran fundamentalmente funcionarios de la Administración Pública mientras que, actualmente, también ocupan tales cargos representantes de la Universidad<sup>42</sup>.

Varias leyes determinan las condiciones que debe reunir una persona para poder ser miembro del órgano. En Perú, por ejemplo, los "miembros de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia" deben de tener un título profesional y por lo menos diez años de experiencia en sus respectivos campos de conocimientos<sup>43</sup>.

En varios países, la legislación dispone que los intereses de esas personas no deben estar en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar. En la India, por ejemplo, los miembros del órgano no deben tener intereses financieros o de

<sup>38</sup> BID. Elementos para la modernización del Estado. 5 de julio de 1994. Se debe notar que todas las inquietudes formuladas en el capítulo referido a la modernización de los sistemas jurídicos (Capítulo III) son relevantes para las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

<sup>39</sup> Decreto 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 4. La Superintendencia está encargada también de la aplicación de las leyes sobre patentes, marcas de fábrica de comercio, protección de los consumidores, cámaras de comercio, normas técnicas y metrología.

<sup>40</sup> Decreto-Ley 25868. Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), artículo 2. El INDECOPI también está encargado de la aplicación de las leyes sobre dumping y subvenciones, protección de los consumidores, publicidad, competencia desleal, metrología, control de calidad y barreras no arancelarias, procedimientos de quiebra, marcas de fábrica o de comercio, patentes, variedades de plantas, denominaciones de origen y transferencia de tecnología.

<sup>41</sup> Ley 22262 de protección de la libre competencia, artículo 7.

<sup>42</sup> Decreto 511, de 27 de octubre de 1980. Artículo 16, con referencia al Decreto Legislativo 2760.

<sup>43</sup> Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 10.

otra índole que puedan ir en detrimento de sus funciones. En Alemania, los miembros no deben ser propietarios, presidentes ni miembros del consejo de administración o de la junta de alguna empresa, cártel, asociación comercial e industrial o asociación profesional. En Hungría, el Presidente, los vicepresidentes de la Oficina de la Competencia Económica y los altos funcionarios y miembros del Consejo de la Competencia sólo pueden desarrollar como otras actividades lucrativas las que tengan fines científicos, docentes, artísticos, creativos y de invención, así como actividades de revisión lingüística y editorial derivadas de relaciones regales, y no pueden ocupar altos cargos en una organización comercial ni ser miembros de una junta de supervisión o de un consejo de administración<sup>44</sup>. La ley húngara especifica también que los miembros del órgano no pueden participar en la investigación de un empresario al que le unan vínculos familiares o que tenga a un pariente cercano empleado o de cualquier otra forma sujeto a una relación legal<sup>45</sup>. Las normativas italiana<sup>46</sup> y mexicana<sup>47</sup> contienen disposiciones similares.

La duración del mandato de los miembros del órgano encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En la actualidad, el mandato de los miembros es en Australia e Italia de siete años, en Hungría de seis años, en Brasil y Argentina de cuatro años, en Canadá y México de 10 años, y en otros como en Perú, la duración es indefinida. En muchos países como es el caso de Argentina, existe la posibilidad de renovación del nombramiento de los miembros.

La legislación de varios países designa el organismo facultado para destituir de su cargo a todo miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley que haya realizado determinados actos o haya incurrido en inhabilitación para desempeñarlo. Por ejemplo, la incapacidad física es causa de destitución en Tailandia, la República de Corea y la India; la quiebra, en Tailandia, la India y Australia; en México<sup>48</sup>

sólo pueden ser destituidos si se les procesa y condena por delito grave previsto en las leyes penales o laborales; la desviación de poder y la adquisición de otros intereses, en la India; el incumplimiento de las obligaciones asumidas como miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley, en Argentina y Australia; y el abandono de funciones, en Australia. Otra causa de destitución es la condena a una pena de prisión, por ejemplo, en Hungría<sup>49</sup> y Tailandia<sup>50</sup>. En la República Popular de China, se inicia proceso, por incurrir en responsabilidad penal, al funcionario del órgano estatal encargado de controlar e investigar las prácticas de competencia desleal que actúe indebidamente por consideraciones personales e intencionadamente proteja a un empresario para que no sea procesado, a sabiendas de que ha contravenido las disposiciones de la ley china, incurriendo en delito<sup>51</sup>. El procedimiento de destitución de los miembros varía según los países.

Para proteger a los miembros y funcionarios del órgano encargado de la aplicación de la ley contra todo proceso criminal o demanda civil se les puede conceder la inmunidad en el desempeño de sus funciones. En Pakistán, por ejemplo, el órgano o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de impunidad respecto de cualquier acción civil o penal u otro procedimiento legal por cualquier acto realizado de buena fe o pretendidamente realizado en virtud de la Ley de monopolios.

El nombramiento del personal del órgano encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. En algunos países, como en Pakistán y Sri Lanka, el órgano designa su propio personal. En otros esta facultad incumbe a la Administración.

Resumiendo lo atinente a la estructura de la administración, ésta apunta a constituir un organismo del más alto nivel, con autarquía presupuestaria y administrativa, y con un proceso sumamente riguroso de selección de sus miembros o cargos directi-

<sup>44</sup> Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales restrictivas, párrafo 56, apartado 1.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrafo 56 (2).

<sup>46</sup> Normas para la protección de la competencia y del mercado, artículo 10, pár. 3.

<sup>47</sup> Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 26 (II), segundo párrafo. Esta disposición fue desarrollada por el reglamento interno de la Comisión Federal de la Competencia a partir del 12 de octubre de 1993, artículo 33.

<sup>48</sup> Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 27.

<sup>49</sup> Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales desleales, párrafo 54, apartado 2, inciso a).

<sup>50</sup> Ley antimonopolio y sobre las prácticas de fijación de precios, B.E. 2522 (1979), artículo 12, párrafo 6.

<sup>51</sup> Ley de 2 de septiembre de 1993 de la República Popular de China para la represión de la competencia desleal, artículo 32.



vos. Esto se debe, como es obvio, a la necesidad de garantizar su independencia.

### **Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley**

La mayoría de las leyes sobre defensa de la competencia contienen una enumeración de las funciones y facultades que posee el órgano para realizar su cometido y que constituyen el marco general de su actuación.

El órgano puede actuar por propia iniciativa o atendiendo a ciertas indicaciones de la posible existencia de la practica restrictiva, por ejemplo, como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. Los datos reunidos por otras dependencias o departamentos del ejecutivo, como las autoridades tributarias, de comercio exterior, aduaneras o de control de cambios, también podrían constituir en su caso la fuente de información necesaria. El órgano encargado de la aplicación de la ley también debería estar facultado para requerir a las personas o empresas que suministren cualquier información. En caso de incumplimiento podría preverse la posibilidad de obtener una orden de registro o un mandato judicial, en su caso, para requerir esa información u obtener la autorización de entrada en los locales en los que se crea que está depositada la información.

En muchos países, entre otros Argentina, Australia, Alemania y Pakistán, el órgano encargado de la aplicación de la ley tiene la facultad de requerir a las empresas que suministren cualquier información y autoricen a uno de sus funcionarios para entrar en los locales en busca de información pertinente. No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En Argentina, por ejemplo, para la entrada en el domicilio privado es necesario un mandato judicial, mientras que en Alemania, los registros, aunque normalmente requieren de un mandato de esta naturaleza, pueden practicarse sin necesidad de éste cuando haya "peligro en la demora" o "urgencia".

El órgano encargado de la aplicación de la ley tendría que adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, ciertas resoluciones como, por ejemplo, promover un proceso o exigir la interrupción de determinadas prácticas, denegar o conceder autorización en las cuestiones notificadas o imponer sanciones, según el caso.

El órgano encargado de la aplicación de la ley debería también realizar estudios y utilizar servicios de expertos para que los realicen por sí mismos o encargarlos a entidades o personas ajenas a él. En Brasil, por ejemplo, la ley establece que el CADE puede aprobar la designación de peritos y técnicos que vayan a colaborar en la realización de exámenes, inspecciones y estudios<sup>52</sup>. Algunas leyes piden explícitamente a las autoridades que realicen determinados estudios. En Tailandia, por ejemplo, la Oficina de Represión de los Monopolios y las Prácticas de Fijación de Precios tiene la facultad y el deber de estudiar, analizar y efectuar investigaciones en lo concerniente a las mercancías, los precios y las transacciones comerciales<sup>53</sup>; en Argentina, la Comisión puede preparar estudios sobre Mercados, en particular investigaciones acerca de cómo su conducta afecta a los intereses de los consumidores y en Portugal el Consejo de la Competencia puede pedir a la Dirección General de la Competencia y los Precios que realice los estudios pertinentes para elaborar opiniones que posteriormente han de presentarse al Ministro encargado del comercio<sup>54</sup>. El órgano encargado de la aplicación de la ley podría informar periódicamente al público acerca de sus actividades. Los informes periódicos son útiles a este respecto y la mayoría de los países que cuentan con disposiciones legales en materia de prácticas comerciales restrictivas publican por lo menos un informe anual.

La legislación debería incluir disposiciones sobre algún sistema de registro de fusiones y concentraciones que se caracterice por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia<sup>55</sup>, y de Francia con la Dirección General de la Competencia<sup>56</sup>. Algunos países llevan un registro público en

<sup>52</sup> Decreto 52025, de 20 de mayo de 1963. Reglamento de aplicación de la Ley 4167, de 10 de septiembre de 1962, sobre la represión del abuso del poder económico, artículo 15, inciso ix). La legislación de Brasil ha sido sustancialmente reformada mediante Ley 8884 de 11 de junio de 1994. Modificaciones al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).

<sup>53</sup> Ibid., artículo 16, párrafo 2.

<sup>54</sup> Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartado a) y párrafo 2.

<sup>55</sup> Real decreto 157/192 de 21 de febrero de 1992, capítulo III, artículos 19 a 23.

<sup>56</sup> Ordenanza 86-1243 de 1º de diciembre de 1986 sobre la liberación de los precios y la competencia, artículo 44.

el que se inscriben algunos de los datos, aunque no todos, suministrados en la notificación de fusión. La utilidad de un registro público se basa en la creencia de que la publicidad puede servir de medio disuasorio para hacer resistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas y dar ocasión asimismo a las personas afectadas por tales prácticas de informarse acerca de ellas. Tales personas también pueden formular denuncias concretas y comunicar cualquier inexactitud que adviertan en la información notificada. Sin embargo, no todos los datos pueden inscribirse en el registro, y una de las razones de este hecho es que algunos datos se refieren a los denominados "secretos comerciales" cuya revelación podría perjudicar las operaciones de la empresa de que se trate. No puede exagerarse la posesión por los órganos encargados de la competencia de información comercial confidencial, ya que en caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían profundamente renuentes a contestar a las solicitudes justificadas de información.

Un número cada vez mayor de nuevas leyes o de leyes reformadas confieren al órgano encargado de la aplicación de la ley, a causa de su alto grado de especialización e incomparable experiencia en la esfera de la competencia, la función suplementaria de prestar asesoramiento sobre los proyectos de ley que puedan afectar a la competencia y de estudiar y someter al Gobierno las propuestas apropiadas de reforma de la normativa legal relativa a la competencia. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia<sup>57</sup>, en Portugal, donde la Comisión Consultiva en Materia de Competencia tiene derecho a emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre todas las medidas legislativas concernientes a cuestiones relativas a políticas de la competencia<sup>58</sup>, en España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>59</sup> y en México, con la Comisión Federal de la Competencia<sup>60</sup>.

### Sanciones y medidas de reparación

La facultad de imponer multas a las empresa y a los particulares debería corresponder al órgano encar-

gado de la aplicación de la ley o a la autoridad judicial, o puede estar dividida entre ambos. En este último caso, por ejemplo, la facultad del órgano para imponer multas puede estar limitada a ciertos tipos de conducta como las negativas a suministrar información, el suministro de información falsa y la falta de notificación de los convenios. En países como Alemania, Brasil, La Federación de Rusia, Hungría, Japón, México, Noruega, Perú y Pakistán, así como en la Unión Europea, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultad para imponer multas. En Australia y Estados Unidos, la facultad de imponer multas corresponde a los tribunales. La cuantía máxima de las multas varía, por supuesto, de un país a otro.

Las multas pueden variar también según el tipo de infracción (como en la India y Portugal) o según que la infracción se haya cometido mediando dolo o negligencia (Alemania y la UE); su cuantía puede fijarse en una cantidad determinada o según el salario mínimo de referencia (Brasil, la Federación de Rusia, México y Perú), o puede calcularse con arreglo a los beneficios realizados como consecuencia de la infracción (en Alemania, la infracción puede ser sancionada mediante una multa de una cuantía tres veces superior a los ingresos suplementarios obtenidos como consecuencia de la infracción. La indemnización triple es también importante en los casos de fijación de precios en Estados Unidos. En Perú, la multa podría duplicarse en caso de reincidencia<sup>61</sup>.

Sobre la base de la realidad económica de la región, parecería lógico que las multas estuvieran indizadas con respecto a la inflación o indicadores de ajuste periódico, además de que se tuviera en cuenta tanto la gravedad de la infracción como la capacidad de pago de las empresas, con objeto de no penalizar a las empresas más pequeñas en la misma medida que las grandes, para las cuales un límite bajo constituiría, en relación con el recurso a prácticas restrictivas, una medida escasamente disuasiva.

La facultad de imponer penas de prisión normalmente correspondería a la autoridad judicial. En algunos países la facultad de imponer penas de

<sup>57</sup> Ley de 15 de noviembre de 1991 sobre la organización y actividades de la Comisión para la Defensa de la Competencia, artículo 4, párrafo 3.

<sup>58</sup> Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartados b), c) y d).

<sup>59</sup> Ley 16/1989 de 17 de julio para la defensa de la competencia, artículo 26.

<sup>60</sup> Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 24, párrafo V y VI.

<sup>61</sup> Decreto Legislativo 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 23.

prisión se reserva a las autoridades judiciales a propuesta del órgano encargado de la aplicación de la ley. La duración de las penas de prisión varía según la naturaleza de la infracción.

En países como Argentina y Canadá, donde las resoluciones dictadas en virtud de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas son de la competencia de las autoridades judiciales, los tribunales están facultados para imponer penas de prisión de hasta 6 años (Argentina) y de hasta 2 años (Canadá). En Estados Unidos, sólo constituyen delitos tipificados en las leyes *antitrust* la conducta claramente definida como intrínsecamente ilegal y la conducta del acuerdo manifiestamente contraria a la competencia: la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercado.

En este contexto, y como medida adicional, puede considerarse la posibilidad de dictar órdenes de cese y desistimiento y de publicar la sentencia definitiva por la que se imponga cualquier tipo de sanción que las autoridades administrativas o judiciales hayan considerado oportuna, como sucede en Francia<sup>62</sup>. De esta forma los empresarios y especialmente los consumidores estarán en condiciones de saber que una determinada sociedad ha observado una conducta ilegal. Ambas medidas, como es claro, son poco utilizadas o inexistentes en la región puesto que no corresponden a nuestra tradición jurídica<sup>63</sup>.

## Recursos

Respecto a la interposición de recursos de reposición o apelación contra las decisiones del órgano encargado de la aplicación de la ley, en muchos

casos puede producirse un cambio en las circunstancias que existían en el momento de adoptar la resolución. Cabe recordar que el órgano encargado de la aplicación de la ley puede, por ejemplo, revisar periódicamente –o a causa de un cambio en las circunstancias– las autorizaciones concedidas y quizás prorrogarlas, suspenderlas o supeditar su prórroga al cumplimiento de condiciones y obligaciones. Por consiguiente, las empresas también deberían tener la posibilidad de solicitar la revisión de las resoluciones cuando las circunstancias que hubieran inducido a su adopción hubiesen cambiado o dejado de existir.

El derecho de una persona a recurrir contra la resolución del órgano encargado de la aplicación de la ley está previsto especialmente en la ley de la mayoría de los países (por ejemplo, Lituania<sup>64</sup> y la Federación de Rusia<sup>65</sup>) o puede existir automáticamente, sin mención específica, en virtud de los códigos de procedimiento civil, criminal o administrativo (por ejemplo, Colombia<sup>66</sup> y Portugal<sup>67</sup>). Por otra parte, los recursos sólo son posibles en los casos específicamente establecidos en la legislación sobre la competencia, como sucede, por ejemplo, con las resoluciones del Organismo de Defensa de la Competencia sueco<sup>68</sup>.

Los recursos pueden dar lugar a la revisión de la causa o estar limitados, como en Brasil, la India y Pakistán, a una cuestión de derecho. Los recursos pueden deducirse ante los tribunales administrativos, como en Colombia y Venezuela, ante los tribunales judiciales, como en Italia, Lituania y España, o en ambas ante un tribunal arbitrario o un tribunal de arbitraje. A este respecto, se puede crear un tribunal administrativo especial como, por ejemplo, en Australia<sup>69</sup>, Dinamar-

<sup>62</sup> Ordenanza 86-1243 de 1 de diciembre de 1986 sobre la liberalización de los precios y la competencia, artículos 12 y 15.

<sup>63</sup> PRIETO CASTRO; El sistema de medidas cautelares; Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974. Igualmente: MARCO; *La misura di prevenzione nel diritto industriale*; Milano, Giuffrè Editore, 1982.

<sup>64</sup> Ley sobre la competencia, de 1992. El artículo 14 versa sobre los recursos contra las resoluciones del organismo encargado de la vigilancia de los precios y la defensa de la competencia. Cabe señalar que la ley establece que los recursos ante el tribunal no tienen efecto suspensivo de las directrices y resoluciones, a menos que el tribunal decida otra cosa.

<sup>65</sup> Ley de 30 de mayo de 1995 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 29, sobre procedimiento para apelar contra las decisiones del Comité Antimonopolio.

<sup>66</sup> Decreto 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 52, párrafo quinto.

<sup>67</sup> Decreto-Ley 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículos 28 y 35.

<sup>68</sup> Sección 62 de la Ley sobre la competencia, 1993. Sólo en los casos especificados en los artículos 60 y 61 de la Ley pueden apelarse las decisiones adoptadas por el órgano sueco de la competencia ante el Tribunal de la ciudad de Estocolmo.

<sup>69</sup> El Tribunal de Prácticas Comerciales.

ca<sup>70</sup>, Kenia<sup>71</sup>, Perú<sup>72</sup> y España<sup>73</sup>. En la India y Pakistán los recursos se tramitan directamente en el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente. Lo mismo ocurre en el caso de Perú, donde el recurso se tramita directamente ante las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima. En Alemania, los recursos en materia de fusiones pueden ser tramitados por la vía judicial o interponerse directamente ante el Ministro de Asuntos Económicos. En Austria los recursos se deducen ante el Tribunal Superior de Cárteles, en el Tribunal Supremo de Justicia.

### **Acción de resarcimiento de daños y perjuicios**

Es necesario reconocer a la persona en su calidad de consumidor<sup>74</sup>, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente. Estas acciones podrían enmarcarse dentro de lo que se conoce como "acciones de clase" o "acciones colectivas".

Igualmente esta clase de acciones se pueden llevar a cabo mediante la extensión a la temática de la competencia de la institución del "Defensor del Pueblo (*Ombudsman*). Así por ejemplo en Suecia existe la institución del "Defensor de la Competencia" (*Ombudsman* de la Competencia).

La disposición propuesta otorgaría a todo particular o al Estado en nombre de un particular, o a una empresa el derecho a entablar una demanda civil por infracción de la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados. Esta acción civil se ejercitaría normalmente ante las autoridades

judiciales competentes a menos que los Estados confiriesen al órgano encargado de la aplicación de la ley facultades especiales a este respecto. La legislación de varios países desarrollados contiene disposiciones que regulan la intervención del Estado, como parte actora, en el ejercicio de funciones tutelares (*parens patriae suit*)<sup>75</sup>. En virtud de tales "acciones colectivas" (*class actions*), los usuarios de un determinado servicio o los consumidores de un determinado producto que hayan sufrido daños por un comportamiento contrario a la libre competencia, y cuya demanda individual sería insignificante, tienen derecho a entablar una demanda contra las empresas. Así se dispone en la legislación de Canadá, Francia y Estados Unidos.

Cabe destacar que en Brasil se ha autorizado en general a los competidores o perjudicados a interponer demanda por violación del orden económico, en particular la fijación abusiva de precios y los acuerdos de vinculación<sup>76</sup>. Así ocurre también en el caso de la legislación de Hungría<sup>77</sup>, Perú<sup>78</sup> y Venezuela.

### **NORMATIVA SOBRE LIBRE COMPETENCIA Y SU VINCULACIÓN CON LOS PROGRAMAS DE AJUSTE ESTRUCTURAL Y DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

#### **La liberalización y las reformas económicas**

En los últimos años se han adoptado en todo el mundo reformas económicas motivadas por el creciente reconocimiento del papel del mercado y del sector privado en el funcionamiento eficaz de la economía.

En los países desarrollados se han liberalizado o reformado diversas disposiciones que afectan a los precios, la entrada o la salida de los mercados y los

<sup>70</sup> El Tribunal de Apelaciones, nombrado por el Ministro de Comercio.

<sup>71</sup> El Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas.

<sup>72</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

<sup>73</sup> El Tribunal de Defensa de la Competencia.

<sup>74</sup> Sobre los problemas de representación del consumidor ver: BUJOSA VADELL; La protección jurisdiccional de los intereses de grupo; BOSCH Editor, Barcelona, 1995.

<sup>75</sup> Véase la Ley Hart-Scott-Rodino que reforma de la legislación antitrust de 1976, en el caso de los Estados Unidos.

<sup>76</sup> Ley 8158, de 10 de enero de 1991.

<sup>77</sup> Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 38.

<sup>78</sup> Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, 701, 1992, artículo 25.

monopolios, así como el ámbito de aplicación de la legislación sobre libre competencia o prácticas comerciales restrictivas. Del mismo modo en varios de ellos se han aplicado importantes programas de privatización<sup>79</sup>.

Por su parte en muchos países en desarrollo, entre los que los de América Latina y el Caribe no son la excepción, se han introducido reformas orientadas a privilegiar el mercado, en particular reformas estructurales o sectoriales con diversos grados de ambición, especialmente en las esferas de la política comercial, la política de inversión, la privatización y, en ciertos casos, la desregulación (incluida la reducción de subvenciones, la atribución administrativa de factores de producción, los controles de precios, las prescripciones en materia de establecimiento, la concesión de licencias, los acuerdos de exclusividad y las barreras de entrada). En las antiguas economías de planificación centralizada, los cambios institucionales han ido acompañados de movimientos hacia sistemas de economía de mercado entre los que ocupa un lugar destacadísimo la Federación de Rusia. En un elevado número de países estas reformas no han concluido, y aunque se han hecho grandes esfuerzos, aún queda mucho por hacer.

Una aspiración común subyacente en todas estas actividades ha sido que, al disminuir la intervención o la participación directa de los poderes públicos en la actividad económica y al proporcionarse a las empresas una mayor libertad de acción, se estimula la actividad empresarial, la eficiencia comercial, la inversión productiva y el crecimiento económico, y al mismo tiempo se eleva el bienestar de los consumidores mediante un aumento de la cantidad y calidad de los productos y servicios a precios más bajos.

Así pues, en todos los sectores de la economía los recursos productivos tienden a asignarse de una manera más eficaz y más flexible mediante decisiones descentralizadas de los participantes en el mercado, en lugar de los poderes públicos, o mediante actividades basadas en la rentabilidad. De ese modo se mejora el crecimiento económico. Sin embargo, esas aspiraciones sólo podrán convertirse plenamente en realidad si las empresas actúan bajo el estímulo de la competencia de forma tal que el descontento del consumidor pueda servir de sanción por unos resultados insuficientes. Por tanto, el reforzamiento de la competencia (junto con medidas

destinadas a proteger a los consumidores) es un elemento clave del éxito de las reformas económicas.

Debido en gran parte a estas razones, varios países en desarrollo, entre los que destacan los de América Latina y el Caribe, junto con los de Europa central y oriental, así como China, han adoptado en los últimos años leyes de defensa de la competencia o han reformado la legislación existente. Otros países están en trance de hacerlo.

Sin embargo, también es el caso de muchos países (la lista en la región es todavía importante) que a pesar de haber emprendido reformas económicas, no poseen leyes de defensa de la competencia ni aplican una política concreta en la materia. Aunque ello pueda deberse en cierta medida a la falta de información, puede también deberse a cierta resistencia a formular leyes de promoción de la competencia debido a la creencia equivocada de que el control de la competencia limitará la actividad comercial y las fuerzas del mercado y, por ende, será contrario a la tendencia hacia la liberalización económica. Esto es un hecho que debe resaltarse y que puede tener su origen en la histórica carga intervencionista del Estado en la economía, el desconocimiento de los alcances del Derecho de la Competencia, las reminiscencias mercantilistas de ciertos grupos de interés económico y las reticencias de ciertos sectores políticos que creen que la liberalización (reducción de aranceles y privatizaciones) basta por sí sola para asegurar un mercado competitivo.

Puede también existir el temor a debilitar la posición en el mercado de las empresas nacionales, precisamente cuando tienen que hacer frente a la competencia exterior o cuando los mercados nacionales sólo son capaces de sostener a un pequeño número de productores. También hay otros temores conexos en cuanto a las dificultades y costos que suponen para las empresas responder a peticiones de información o consultas, que podrían dar lugar a quejas sobre una burocracia excesiva; con frecuencia la comunidad comercial se opone enérgicamente a la adopción de una ley de defensa de la competencia por el temor a crear un nuevo nivel de regulación, que podría dar lugar a oportunidades para el favoritismo y la injerencia burocrática y política. Pueden existir dudas sobre la capacidad de las autoridades de defensa de la competencia para detectar o demostrar que se han producido prácticas comerciales restrictivas, dadas las dificultades del entorno en los países en desarrollo. Por último, la

<sup>79</sup> Para un detallado análisis de lo que significa la liberación de la economía y sus diversas modalidades o técnicas de desintervención ver: MARTÍN MATEO; *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*; pp. 37-65; Civitas; Madrid; 1988.

creación de un nuevo órgano regulador para aplicar la política de defensa de la competencia originaría gastos al Estado en una época de dificultades presupuestarias.

No voy a tratar de refutar los argumentos que se esgrimen por negar la necesidad de adoptar normativas sobre libre competencia. Me limitaré a reconocer que, en efecto, esta clase de normativa supone una limitación a la libertad de actuación de los empresarios. Sin embargo, y tal como fuera explicado al inicio de este capítulo, es una limitación que se produce precisamente para garantizar la permanencia del sistema de libre mercado que es, adicionalmente, el sistema dentro del que los empresarios pueden desarrollar mejor sus actividades<sup>80</sup>. Espero que las consideraciones sobre la vinculación entre el Derecho de la Competencia y el principio de libertad de industria y comercio, la descripción de su contenido, así como las indicaciones sobre la manera como se debe estructurar la autoridad competente y las facultades que ella posee hayan servido para demostrar que su adopción es indispensable para un buen funcionamiento de la economía de mercado. La decisión sobre la inclusión de esta normativa (que sería obligatoria debido al mandato constitucional sobre libertad de industria y comercio) no debería responder a criterios cuantitativos (tamaño del mercado), sino cualitativos (tipos de actuación). En efecto, los comportamientos limitativos de la competencia afectan por igual a todos los mercados (sean grandes o pequeños) y en las economías de escala son particularmente perjudiciales.

### Los programas de ajuste estructural

En lo que va de la presente década es posible verificar un giro trascendental en la política económica que venían adelantando la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. Durante las décadas pasadas dicha política se inspiró en el denominado "modelo desarrollista" que, en líneas generales, apuntaba a la puesta en marcha de esquemas sustentados, entre otros, en: la sustitución de importaciones, la creación de empresas vinculadas con los denominados "sectores estratégicos" de la economía, la creación de mercados protegidos con el fin de impulsar el denominado "desarrollo desde adentro", los subsidios a las importaciones de insumos, los controles de precios de diversos productos y servicios (en especial los de primera necesidad), las cuotas de importación, los regímenes de excepción en materia tributaria. Todo ello, además de impul-

sar esquemas que, en líneas generales, se les puede calificar como "proteccionistas", suponía una fuerte intervención y dirección del Estado en los procesos de toma de decisión en materia macroeconómica.

Por todos es conocido que el entorno al que he hecho referencia ha variado considerablemente. En la actualidad la política económica de los países de la región se plasma en un conjunto de acciones vinculadas con nociones tales como "apertura", "reconversión", "privatización", "liberalización", "internacionalización". Todas ellas apuntan a la conformación de economías en las que las reglas del mercado (la oferta y la demanda) juegan un papel fundamental. En esta clase de economías –las de mercado– la competencia aparece como la noción que inspira, brinda coherencia y continuidad, además de que aparece como la razón de ser del desarrollo.

En efecto la competencia es la noción que está a la base de la transformación económica de la región, al igual que los denominados "programas o procesos de ajuste estructural". Las siguientes son algunas características resultantes de las reformas económicas en su vinculación con la competencia:

- La apertura económica supone, entre otros aspectos, que los productos de origen nacional compitan con los provenientes del extranjero.
- La reconversión industrial se vincula con el desarrollo –y permanencia– de una actividad económica sobre la base de los méritos intrínsecos de los productos (calidad y precio), además de proyectar la identificación de oportunidades comerciales en el exterior, esto es, competir en los mercados internacionales.
- El punto anterior se vincula con la noción de internacionalización, y ello pretende destacar que las economías nacionales no deben considerarse como compartimientos estancos ajenos a las reglas del mercado (que no es otra cosa que la competencia).
- La privatización de las empresas estatales se verifica no sólo a nivel de la transferencia de su titularidad y gestión al creciente sector privado, sino en el ánimo de eliminar los privilegios monopolísticos que poseen algunas de dichas empresas.

Adicionalmente cabe destacar que una característica esencial de los procesos económicos de la región es la que vincula los procesos de ajuste estructural con la política de la competencia y la legislación que

<sup>80</sup> Para más detalles es indispensable consultar: FIKENTSCHER: «Las tres funciones del control de la economía (Derecho antimonopolio)», pp. 459-486; 172-3 Revista de Derecho Mercantil; España, 1985.

la expresa. De esta manera, lo que se conoce como “programas” o “procesos” de ajuste estructural, además de impulsar modificaciones sustanciales en las políticas tributarias, arancelarias, de inversión extranjera, y laborales, así como el redimensionamiento del Estado, también apuntan a la generación de un clima de negocios que se caracterice por la prevalencia de la competencia.

Por lo expuesto, la legislación sobre libertad de competencia, *antitrust* o de defensa de la competencia, es un instrumento insustituible para que las reglas del mercado no sean alteradas debido al abuso de posiciones dominantes, el establecimiento de acuerdos restrictivos, o el desarrollo de otras modalidades colusorias. Al respecto opino que esta clase de normativa debe ser considerada como la más importante o ley fundamental en materia económica.

### **La normativa antimonopólica y otras reformas económicas**

La normativa antimonopólica es un componente esencial de los procesos de privatización de las empresas públicas. Por definición éstas poseen una “posición de dominio legal”, de allí que los efectos de la privatización pueden verse neutralizados si en paralelo no se resuelve el problema de las “posiciones de dominio privado” que se generan luego de la venta de las empresas del Estado. En otras palabras, si bien la privatización supone un cambio en la titularidad y gestión de las empresas privatizadas (pasan del dominio público al privado), en la práctica la posición de dominio tiende a persistir con el agravante de que las empresas privatizadas pueden gozar de libertad para desarrollar conductas restrictivas y abusivas. Para limitar esta clase de comportamientos es necesario contar con una legislación y administración antimonopólica idónea.

Las reformas económicas apuntan a la desregulación y a la eliminación de las barreras de entrada de nuevos competidores. Del mismo modo tienden a reducir su papel de empresario o su capacidad de determinar quiénes y cuándo podrán ingresar en el mercado. Como consecuencia de la desregulación deberá existir un mayor número de operadores privados, los cuales, si no se cuenta con una legislación y administración antimonopólica eficiente, pueden a su vez establecer barreras privadas para el ingreso de los nuevos operadores.

El proceso que se viene describiendo también conlleva el levantamiento de la fijación o controles de precios de los productos, en especial de los de primera necesidad o básicos. Sin embargo se puede dar el caso de que las empresas que producen o que importan determinados bienes se agrupen y formen cárteles que impongan precios de reventa, asignen cuotas o dividan el mercado (caso de la distribución geográfica). En este supuesto el Estado no fija los precios de los bienes o servicios sino que, en sustitución, lo hacen los cárteles. Al igual que en los casos señalados anteriormente, la legislación antimonopólica o de defensa de la competencia es el mejor instrumento para impedir que se fijen los precios de los productos o servicios con prescindencia de la oferta y de la demanda. Es más, los cárteles de productos de primera necesidad, en la medida que tengan la capacidad de imponer artificialmente los precios, estarán distorsionando el mercado y, por lo tanto, podrán activar la espiral inflacionaria.

Las reformas económicas se vinculan con la reducción de las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio internacional y, por lo tanto, con la apertura de las economías a la competencia exterior. Ello, entre otros, con objeto de brindar a los consumidores mayores opciones de compra (procesos de apertura). Sin embargo, la apertura al comercio internacional puede ser desvirtuada si, en paralelo, las empresas importadoras se coluden para fijar los precios de bienes similares o asignan territorios de interés comercial.

En el marco de la adopción de nuevas estructuras económicas existe un gran interés por desarrollar normativa sobre “prácticas desleales en el comercio internacional” (sic)<sup>81</sup>. Sobre el particular cabe destacar que la legislación antidumping y sobre subsidios no basta para corregir las distorsiones de la competencia del exterior puesto que ella se agota en el acto de importación. Del mismo modo no se proyecta a la comercialización de los bienes en el territorio nacional, sean estos o no a precios de dumping o subsidios. Es más, dicha normativa posee un contenido proteccionista que, mal empleado, generaría posiciones dominantes a favor de las empresas que la invocan. Por ello la legislación antimonopólica puede servir como el mejor instrumento para “monitorear” el comportamiento de las empresas que solicitan derechos antidumping y, como consecuencia, evitar que abusen del mercado protegido que alcanzarían mediante la imposición

<sup>81</sup> VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*; Civitas, Madrid, 1993.

de aranceles compensatorios o prohibiciones de importación<sup>82</sup>.

Finalmente no se puede dejar de mencionar un tema que, por sí solo generaría una ponencia. Es la vinculación de la competencia con los procesos de integración. Sobre este particular se debe destacar que el modelo de integración que debería proponerse en la actualidad tendría que considerar a la normativa de competencia como su eje fundamental. En efecto si se tiende a integrar espacios económicos, crear mercados ampliados, promover intercambios comerciales, o garantizar la libre circulación de mercancías y servicios es indispensable contar con disposiciones específicas de naturaleza supranacional. Como ejemplo basta con mencionar que de nada sirve la reducción o eliminación de aranceles dentro del espacio integrado si las empresas segmentan el mercado. A este respecto los artículos 85 y 96 del Tratado de Roma nos brindan un ejemplo a seguir. En este sentido parecería que ni la Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, ni las reglas del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el Mercosur han logrado consagrar este ideal. Espero que así lo hagan en un futuro cercano y que las labores que se desarrollen a partir de los Acuerdos de Denver signifiquen un impulso en este sentido<sup>83</sup>.

## CONCLUSIONES

Este capítulo ha tratado de destacar la importancia de la legislación sobre libre competencia a efectos de preservar el modelo económico vigente en la mayoría de países de la región. También ha brindado una somera descripción de su contenido y vinculaciones con las reformas económicas que se llevan a cabo en estos países.

De todo lo dicho se podría concluir que hay un largo camino por recorrer en el área del Derecho de la Competencia y ramas afines. El tema es bastante nuevo en la región y nuestros legisladores, jueces y administración pública deberían estar preparados para enfrentarlo adecuadamente.

Una manera de hacerlo sería en el contexto de las actividades sobre modernización del Estado que

está impulsando el BID. A mi juicio, las razones por las que se debería trabajar en este campo son bastante claras. Tal como el mismo Banco lo ha destacado, la aprobación de los préstamos sectoriales, así como la cooperación técnica y numerosos préstamos de inversión, han tenido como marco de referencia general la existencia de condiciones macroeconómicas que permiten pronosticar un crecimiento económico sostenido. En este sentido la normativa ordenadora del mercado, al evitar distorsiones en el mismo, coadyuva con la certeza del pronóstico. Del mismo modo las actividades tendientes a apoyar el crecimiento del sector privado son coincidentes con la normativa ordenadora del mercado puesto que esta última se dirige precisamente a proteger su actuación libre y sin distorsiones.

En lo que respecta a las condiciones de previsibilidad y estabilidad de la política de desarrollo, éstas sólo se pueden asegurar si se preserva el sistema de mercado, que no es otra cosa que un sistema sustentado en la competencia. Para alcanzar estas condiciones, la normativa ordenadora del mercado cumple un papel insustituible. Esto a su vez redundará en favor de un enfoque integral y coherente de la modernización del Estado. En efecto, integral puesto que esta normativa tiene efectos en todos los aspectos del quehacer económico y social de un país y coherente puesto que toma en cuenta el impacto en todos sus componentes: el empresariado, los consumidores y el propio Estado.

De manera más puntual y siguiendo como esquema la agenda del BID en lo atinente a la modernización del Estado, en particular la reforma y fortalecimiento de los poderes legislativo y judicial, se podría manifestar lo siguiente.

Es indispensable que el Banco apoye a los legisladores en el proceso de evaluación, debate y adopción de la legislación ordenadora del mercado. Esta es sumamente compleja y llena de tecnicismos. Por ello se debería reforzar el conocimiento y la capacitación de los integrantes de las legislaturas con objeto de evitar inconsistencias (usuales cuando leyes técnicas no son tratadas adecuadamente), dentro de la misma ley o con otras análogas o complementarias. Del mismo modo se deberían promover

<sup>82</sup> En general: LOPEZ-JURADO, DE LA CRUZ; El control jurisdiccional de la actividad comunitaria en materia de dumping y de subvención; Universidad de Granada, Junta de Andalucía; Estudios Jurídicos Internacionales y Europeos, Monografías, Granada, 1993. El libro clásico en la materia es: BESELER & WILLIAMS, *Antidumping and Anti-Subsidy Law*; Sweet & Maxwell, Londres, 1986. Del mismo modo, en el contexto de los resultados de la Ronda Uruguay, ver: La Competencia y el Comercio, UNCTAD/ITD/9/1994.

<sup>83</sup> Cumbre de las Américas. Reunión Ministerial sobre Comercio. Versión Final. Declaración Conjunta. Denver, 30 de junio de 1995. La Declaración no aborda el tema de la normativa sobre competencia. Se limita a las antidumping. Igualmente: Informe Preliminar de la Comisión Especial de la OEA a los Ministros de Comercio. Denver, 30 de junio de 1995. Menciona como «programa de trabajo futuro» a «las políticas en materia de competitivas» (sic). No queda claro cuál es el alcance de la mención.



mecanismos de seguimiento y evaluación para mejorarla si así se juzga conveniente.

En lo que concierne al papel del Poder Judicial, también es necesaria capacitación en la temática, lo que no sólo estará referido al conocimiento de la normativa, sino a desarrollar conocimientos en materia económica que permitan a los funcionarios judiciales enfrentar los procedimientos de manera adecuada. Cabe recordar lo dicho en otra parte de este capítulo en el sentido de que una sentencia equivocada puede tener efectos en la economía en su conjunto. Del mismo modo la adopción de esta clase de disposiciones supone un reto interpretativo sumamente significativo puesto que se deberá privilegiar la denominada “realidad material” por encima de la “formal”. Del mismo modo debe tenerse en cuenta que este nuevo Derecho supondrá la introducción o reformulación de diversas instituciones jurídicas. A este respecto, los procedimientos en materia del Derecho del Mercado poseen características especiales, de allí que la estructura judicial debería estar preparada para enfrentar este reto.

En cuanto al papel del Ejecutivo, le incumbe impulsar y sostener las instituciones que pudieran crearse para velar por el cumplimiento de esta normativa. Éstas no tienen precedentes en la estructura administrativa de la región, de allí que se deberán buscar soluciones imaginativas como, por ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia y el INDECOPI del Perú. El BID podría ayudar a difundir modelos como los indicados anteriormente.

Finalmente, hay que destacar la necesidad de que los agentes económicos privados (empresarios en su sentido más amplio) se encuentren al tanto de los pormenores de la normativa a fin de que sus actividades mercantiles guarden consonancia con los derechos y obligaciones que ella establece. Sobre el particular, la reciente adopción (y futuras reformas) de la legislación hace que muchos operadores económicos desconozcan sus alcances, y por lo tanto, se genere una de dos situaciones. De un lado, lleven a cabo comportamientos restrictivos o abusivos. De otro lado, no se encuentren en capacidad de iniciar

y sustanciar los procedimientos (por ejemplo, el acopio insuficiente de pruebas). Ejercicio similar podría proyectarse al sector académico y profesional.

Por todo lo expuesto el BID podría atender los problemas y desarrollar las actividades siguientes.

El primer problema se relaciona con el entorno jurídico. A este nivel se descubre que algunos países cuentan con legislación mientras que otros carecen de ella. Por esta razón el BID debería apoyar a las autoridades nacionales en el diseño de su legislación (cuando no la posean) o en la readecuación de la misma (cuando la posean o cuando sobre la base de la experiencia y la decisión del gobierno así se requiera). La labor de cooperación en materia legislativa también se apoyaría con el diseño de la normativa complementaria, esto es, reglamentos de aplicación o de excepción, directivas y otras normas de menor jerarquía.

El segundo problema se vincula con la necesidad de establecer -y cuando sea el caso, reforzar- a las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa, así como a la judicatura que necesariamente deberá intervenir para resolver los conflictos que puedan producirse. Al respecto cabe destacar que el puro acto legislativo no es suficiente para resolver los problemas concurrenciales que afectan a los países de la región. Por ello es necesario que, en paralelo, posean una administración y poder judicial eficientes y que éstos cuenten con personal idóneo. Sobre este particular se resalta la necesidad de establecer mecanismos para reforzar sus instituciones, entre los que destaca particularmente la capacitación de su personal.

El tercer problema se relaciona con el desarrollo de una cultura de la competencia en la región, esto es, la interiorización a nivel de sectores gubernamental, legislativo, judicial, privado y académico de la importancia y alcances de la normativa sobre competencia y ramas afines. Para ello es necesario difundir los pormenores de la normativa ordenadora del mercado y dar a conocer los mecanismos para su aplicación.